Ist der Kartellvertrag durch die Kartellverordnung zu einem Vertrage eigener Art geworden?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
Marburg

vorgelegt von

Max Stroinsky
Rechtsanwalt in Berlin

Berlin
Buchdruckerei A. Blankenburg
1927

Berichterstatter:
Professor Dr. Jung
Angenommen von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg im Januar 1927

Inhaltsübersicht.

(Die im Laufe der Untersuchung erörterten Nebenfragen sind im folgenden eingeklammert.)

Seite

§ 1. Aufgabe und Ergebnis der Untersuchung: Der Kartellvertrag ist in allen Formen der Kartelle ein einfacher, gegenseitiger Vertrag, nicht, wie die herrschende Meinunng annimmt, ein Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Recht (also z. B. mit Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gemäß BGB § 723). 1

§ 2. Übersicht der Kartellformen. 4

§ 3. Kartellvertrag in Form einer G. m. b. H. (oder A. G.) mit mehreren formlosen Sonderverträgen. Hier erklärt schon RG 74,34 den Kartellvertrag für einen einfachen, gegenseitigen Vertrag. Denn: 9

1. Der G.m.b.H.-Vertrag ist in seinem rechtlichen Schicksale (Auflösung, Nichtigkeit der G.m.b.H.) unabhängig von dem Schicksale des die Kartellpflichten enthaltenden Vertrages. Ebenso umgekehrt. 10

(Verpflichtung zur Abtretung von G.m.b.H.-Anteilen, insbesondere gegen Abfindung mit dem Nennbetrage eines Geschäftsanteils.) 11

2. Auch der weitere Inhalt der Sonderverträge steht nicht entgegen. 14

(Gefahr einer Erwähnung des Kartellzwecks im G.m.b.H.-Vertrag RG 79,332.) 15

(Die Schriftform des § 1 der Kartellverordnung unter Berücksichtigung der verschiedenen Theorien für die Kartellverträge.) 16

3. Die Folgerungen aus der herrschenden Theorie, die Kartellverträge seien Gesellschaftsverträge des bürgerlichen Rechts, sind (Ausschluß der Mängelrüge, der Wandlung und Minderung, Haftung nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten u. a.) unerträglich. 18

4. Auch juristisch ist allein die Theorie des gegenseitigen Vertrages haltbar. 22

(Auskunftspflicht.) 26

5. Folgerungen aus unserer Auffassung. 30

(Aufrechnung der Kartell-G.m.b.H. mit ihrem Anspruche auf Vertragsstrafe gegen den Anspruch des Kartellmitgliedes gegen die G.m.b.H. auf Warenlieferung.) 31

§ 4. Kartell in Form einer G. m. b. H. (oder A. G.) mit einem, äußerlich einem Gesellschaftsvertrage des bürgerlichen Rechts ähnlicheren Sondervertrag. Auch hier ist der Kartellvertrag (entgegen RG v. 4. 1. 1905, angeführt in RG 74,34) ein rein gegenseitiger Vertrag, kein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts. 32

1. Die Aufgabe: 32

2. Beispiel eines solchen Vertrages: Der Syndikatsvertrag der Rheinisch-Westf. Kohlen-Syndikats A.-G. 34

3. Rechtliche Würdigung. 37

§ 5. Kartelle in der Form der Nebenleistungs-G. m. b. H. oder Nebenleistungs-A. G.). 38

1. RG 73,429 und 108,23 erklären die Kartellpflichten für echte Gesellschafter-Verpflichtungen, beschränken die Kündigung aus wichtigem Grund also auf § 61 G.m.b.H.-Gesetz und wenden § 17 K. O. nicht an. 38

2. Auch hier sind aber die Kartellpflichten nur Pflichten aus reinen schuldrechtlichen, gegenseitigen Verträgen. Denn: 42

3. (Die Kartell-Nebenleistungs-A. G.) Die Kartellpflichten sind außergewöhnliche Nebenleistungen im Sinne des § 3 Abs. 2 G.m.b.H-Gesetzes. 43

4. In Hinsicht der rechtlichen Behandlung der Nebenleistungen im Sinne des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz im allgemeinen bestehen keine Bedenken gegen unsere Theorie, da hinsichtlich Anfechtung wegen Irrtums usw., Nichterfülluug, Verzug, positiver Vertragsverletzung, Unmöglichwerden der Leistung hier bereits die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts angewendet werden. 46

5. Zur Auffassung der Kartellpflichten auch in dieser Form als nur gegenseitigem Vertrage entspringend zwingt: Die Behandlung im Konkurse, die Gleichstellung mit den übrigen Fällen und die Tatsache, daß Abänderung und Beendigung der Kartellpflichten nicht durch Gesellschafterbeschluß, sondern nur im Wege einstimmiger Vereinbarung erfolgen. 49

§ 6. Kartelle in Form des

1. eingetragenen Vereins, 53

2. der einfachen Konvention, 57

3. des nichtrechtsfähigen Vereins, 59

4. der Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaft 61 nach dem RG vom 1. Mai 1898. In allen diesen Fällen sind die die Kartellpflichten enthaltenden Vereinbarungen rein schuldrechtliche, gegenseitige Verträge, — aus den gleichen Gründen wie bei der Nebenleistungs-G.m.b.H, insbesondere auch im Hinblick auf den Konkurs eines Kartellmitgliedes.

§ 7. 1. Die Wirkung der Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung nach den verschiedenen Theorien. 62

2. Die Umsatzsteuerfrage: Nach unserer Theorie sind auch die Lagerumsätze einer Kartell-G.m.b.H. (entgegen RFH 15,312) umsatzsteuerfrei. 65

Literatur.

B G B, Kommentar von Reichsgerichtsräten. Berlin und Leipzig 1921.

Blum, Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechtes. Mannheim 1917.

Breit, Ansprüche der Aktionäre aus dem Erwerbe von Aktien, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht begründet von Goldschmidt 76,415.

Brodmann, Reichsgerichtsrat, Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin und Leipzig 1924.

Deckinger, Die rechtliche Behandlung des Rabattversprechens nach dem System der zurückgestellten Rabatte in der Seeschiffahrt. Jena 1925.

Denkschrift über das Kartellwesen. Bearbeitet im Reichsamt des Innern. 4 Bände, Berlin 1906/1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2,2, Berlin 1906.

Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle. Mannheim 1923.

Flechtheim, Eine wichtige kartellrechtliche Entscheidung, in Juristischer Wochenschrift 16,937.

Friedländer, Das Kartellaufsichtsgesetz. Berlin 1924.

Geiler, in Düringer-Hachenburg Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band IV, Mannheim 1919.

Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht. Berlin 1924.

Goldmann, Die Kartellverordnung, in Juristischer Wochenschrift 1924, 214.

Günther, Kartelle in Form von rechtsfähigen Vereinen. Mannheim 1920.

Hüttner, Das Recht der Kartelle in Deutschland Erlanger Diss. Leipzig 1909.

Isay = Isay-Tschierschky, Kartellverordnung. Mannheim 1925.

Rudolf Isay, Studien in privatem und öffentlichem Kartellrecht. Mannheim 1922.

K. G. = Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie. Berlin.

K. R. = Kartellrundschau, Zeitschrift für Kartellwesen und verwandte Gebiete (erscheint seit 1903).

Kaufmann, Verkaufssyndikate in der Form der G.m.b.H.-Kündigung der Lieferungspflicht. Sächs. Archiv 1912 S. 416.

Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechtes der Erwerbsgesellschaften. Berlin 1914.

Klinger, Die Zuständigkeitsgebiete des Reichswirtschaftsgerichts. Berlin 1924.

Kloß, Juristische Personen als unselbständige Gewerbetreibende, in Nr. 1, 1924 der Mitteilungen der Steuerstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie. Berlin.

Köpchen, Die Unterscheidungsmerkmale des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Vereins, in Deutsche Juristen-Zeitung 1913, S. 1296.

Lehnisch-Fischer, Das deutsche Kartellrecht. Berlin 1924.

Lenel, Die Eintragungsfähigkeit der Ärztevereine, in Deutsche Juristen-Zeitung 1913, S. 1237.

Lucas, Kartell und G.m.b.H., in Deutsche Juristen-Zeitung 1924, S. 425.

Lucas, Kartellrecht, in Berichte der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie Nr. 15. Berlin.

Manstaedt, Ursachen und Ziele des Zusammenschlusses im Gewerbe mit besonderer Berücksichtigung der Kartelle und Truste. Jena 1916.

Moos, Die Schadenersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügende Aktiengesellschaft, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt 70,184.

Müller, Die Rechtsform der Kartelle. Stuttgart 1907

Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts im Archiv für bürgerliches Recht 240, S. 176.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

R. G. = Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen. Leipzig.

R. F. H. = Entscheidungen des Reichsfinanzhofes. München.

Roth, Das individualistische und das kollektivistische Organisationsprinzip im Rechte der Akt.-Ges. und der G. m. b. H. (Vom Wesen der Nebenleistungsgesellschaft), in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1912, S. 266.

Rundstein, Das Recht der Kartelle. Berlin 1904.

Schärer, Die Natur des Kartellvertrages nach Schweizerischem Recht. Bern 1907.

Silberberg, Rechtlicher Charakter der reinen Unterlassungskartelle, in Juristische Wochenschrift 11, S. 144.

Spiero, Das Recht der Syndikate unter besonderer Berücksichtigung des Quotenhandels. Berlin 1924.

Staub = Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Band 2,1. Berlin 1920.

Staub—Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin und Leipzig 1926.

Tschierschky, Zur Reform der Industrie-Kartelle. Berlin 1922.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und Einführungsgesetz. Berlin 1912.

Wiedersum, Zweifelsfragen im Kartellrecht, in Zentralblatt für Handelsrecht 1926, S. 106.

Zoelly, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz. Aarau 1917.

§ 1.

Aufgabe und Ergebnis der Untersuchung.

Nach der Kartellverordnung vom 2. November 1923 (Reichsgesetzblatt I S. 1067 ff.) können Kartellverträge, nämlich Verträge, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten, von jedem Beteiligten fristlos gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, (§ 8 Kartellverordnung), ohne daß es auf die Rechtsformen ankommt, in welchen die Kartellverträge abgeschlossen sind und über welche wir in § 2 unserer Abhandlung eine Übersicht geben. Die am höchsten entwickelte Form eines Kartelles ist nun das sogenannte Verkaufssyndikat: Die Mitglieder eines Kartells gründen eine G.m.b.H. oder Aktiengesellschaft (alles nähere unten in § 2) und verpflichten sich dieser gegenüber, ihre gesamte Produktion an dem kartellierten Artikel dieser G.m.b.H. oder A.-G. zu überlassen, welche dieselbe dann, zu von den Mitgliedern des Syndikates bestimmten, daher einheitlichen Preisen weiter verkauft.

Eine derartige Verpflichtung kann gemäß § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes auch als Nebenleistung eines Gesellschafters, also in Form der sogenannten Nebenleistungs-G.m.b.H., übernommen werden. Kündigt nun ein Mitglied dieser G.m.b.H. seine Kartellpflichten gemäß § 8 der erwähnten Kartellverordnung mit Erfolg auf, so wird die G. m. b. H. selbst durch diese Ankündigung nicht aufgelöst, obwohl ein wesentlicher Teil des Gesellschaftsvertrages weggefallen ist. (Entsch. des Kartellgerichts Nr. 9 vom 3. 3. 1924, Nr. 13 vom 12. 3. 1925.) Daraus zieht das Kartellgericht und der Vorsitzende desselben, Lucas (Berichte der Kartellstelle Nr. 15, D. J. Z. 1924 S. 425) den Schluß, daß es sich bei dem Kartellvertrage um einen selbständigen Vertrag eigener Art handle.

Vor der Kartellverordnung galt folgendes: Bei einem Kartellvertrage in der Form der eben erwähnten Nebenleistungs-G. m. b. H. verwies das Reichsgericht das Kartellmitglied, das seine Kartellpflichten aus wichtigem Grunde aufkündigen wollte, lediglich auf § 61 G.m.b.H.-Gesetz, also gerichtliche Auflösungsklage unter Voraussetzung des Besitzes des zehnten Teiles des Stammkapitals. (RG 73,433.) Hatte dagegen die G.m.b.H., was rechtlich auch zulässig ist, ihren Mitgliedern die Kartellpflichten in einem formlosen Sondervertrage auferlegt, so betrachtete RG vom 4. 1. 1905 (mitgeteilt in RG 74,34) diesen Sondervertrag als Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Rechte gemäß BGB §§ 705 ff. und gewährte daher dem Kartellmitgliede das sofort wirkende Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde nach BGB § 723. Umgekehrt wieder: Hatte die G.m.b.H. die Kartellpflichten nicht in einer Urkunde niedergelegt, sondern mit ihren Gesellschaftern einzelne Sonderverträge geschlossen, so behandelte RG 74,34 diese Nebenverträge als einfache, gegenseitige, unbenannte Verträge ohne gesellschaftsähnlichen Charakter, also ohne Kündigungsrecht gemäß § 723 BGB. Brodmann in seinem Kommentar der Reichsgerichtsräte zum G.m.b.H.-Gesetz S. 26, hält die mitgeteilte Unterscheidung der Rechtsprechung nicht für gerechtfertigt, lehrt vielmehr, in den mitgeteilten Fällen sei der Kartellvertrag ein einheitlicher Vertrag, nämlich ein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechtes gemäß §§ 705 ff. BGB, sodaß also in allen Fällen (auch unabhängig von der Kartellverordnung) das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde des BGB § 723 gegeben sei. Auch für den Konkurs eines Kartellmitgliedes macht das RG Unterscheidungen je nach der verschiedenen Form des Kartellvertrages (vergl. unten § 5,1a).

Auch Brodmann lehrt also, wenigstens soweit eine G.m.b.H. beteiligt ist, die einheitliche Natur des Kartellvertrages. Die damit verbundene Lebensfrage der Kartelle (vergl. unten § 3, 4), ob sie aus wichtigem Grunde fristlos aufgekündigt werden können, wird in aller Schärfe wieder hervortreten, sobald die Kartellverordnung wieder außer Kraft gesetzt sein wird. Damit ist in absehbarer Zeit zu rechnen, da die Kartellverordnung nur im Rahmen der durch die Stabilisierung der deutschen Mark entstandenen Wirtschaftskrise entstanden ist.

Wir haben den Gedanken des Kartellgerichts und Brodmann's aufgenommen und untersuchen nun für alle Formen der Kartelle, ob in ihnen der Kartellvertrag ein einheitlicher Vertrag ist. Wir bejahen diese Frage, finden in dem Kar-

tellvertrage aber nicht, wie Brodmann, einen Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Rechte (also mit dem Kündigungsrechte gemäß BGB § 723 und den entsprechenden Folgen im Konkurse des Kartellmitgliedes), sondern (mit RG 74,34) einen einfachen, gegenseitigen, unbenannten Vertrag (ohne das Kündigungsrecht des BGB § 723). Der Nachweis, daß die Vorschriften der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ § 705 ff. BGB) auf die Kartelle weder juristisch noch mit ihren praktischen Folgerungen (Ausschluß der Mängelrüge, der Vorschriften über Wandlung und Minderung, Haftung nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten u. a.) passen (u. § 3,3), ist das Hauptstück unserer Arbeit.

Bei dieser Untersuchung müssen die einzelnen Formen der Kartelle einander gegenüber gestellt werden. Es treten hierbei ihre rechtlichen und praktischen Unterschiede scharf hervor, was bei der Abfassung von Kartellverträgen von Nutzen werden könnte. Der Vorbereitung großer Kartellverträge verdankt die vorliegende Arbeit ihre Entstehung.

Von, soweit wir sehen, bisher in der Literatur noch nicht erörterten Fragen, die sich im Laufe der Untersuchung ergeben, heben wir hervor:

Hat eine G.m.b.H. (oder A.G.) die Kartellpflichten mit ihren Mitgliedern in einem Nebenvertrage vereinbart, so empfiehlt es sich, daß bei allen Abänderungen, insbesondere Verlängerungen des Nebenvertrages nicht allein die Kartellmitglieder, sondern auch die G.m.b.H. (oder A.G.) unterschreiben, damit die strenge Schriftform des BGB § 126 sichergestellt wird, für den Fall, daß das Kartellgericht (entsprechend seiner früheren Rechtsprechung) nach § 1 der Kartellverordnung diese strenge Schriftform wieder fordern sollte (u. § 3,2).

Bei Kartellen in der gleichen Form ist es zu empfehlen, im Gesellschaftsvertrage der G.m.b.H. (oder A.G.) von jedem Hinweis auf die Kartellpflichten der Mitglieder abzusehen also insbesondere von einer, sich noch häufig findenden Bestimmung dahin, daß die Mitglieder verpflichtet sind, ihre Produktion nur durch die G.m.b.H. (oder A.G.) zu verkaufen. Andernfalls entsteht nämlich der Zweifel der RG 79,332, ob die Kartellpflichten nicht als gesellschaftliche Pflichten gemeint seien, also in vollem Umfange, also auch z.B. hinsichtlich einer Vertragsstrafe, in den Gesellschaftsvertrag (also mit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung) hätten aufgenommen werden müssen. (u. § 3,2.)

Bei Kartellen in dieser Form besteht hinsichtlich der Kartelltätigkeit (z. B. hinsichtlich verhängter Vertragsstrafen) nur

eine Auskunftspflicht im Rahmen der G.m.b.H. (oder A.G.), also nur in den (sehr eingeschränkten) Grenzen des Rechtes der Gesellschaftsversammlung (u. § 3,4).

Die Bestimmung in der Satzung einer G.m.b.H., daß ein vorzeitig (z. B. infolge wirksamer Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung) ausscheidendes Mitglied seinen Geschäftsanteil an die G.m.b.H. oder ein von dieser bestimmtes Mitglied gegen Ersatz nur des Nennwertes des Geschäftsanteiles abzutreten hat, ist keine unzulässige Erschwerung des Kündigungsrechtes im Sinne des § 9 Abs. 7 der Kartellverordnung (u. § 3,1).

Hat eine G.m.b.H. (oder A.G.) als Verkaufsstelle eines Syndikates nach dem Syndikatsvertrage eine Vertragsstrafe gegen ein Syndikatsmitglied festgesetzt und schuldet gleichzeitig die G.m.b.H. (oder A.G.) diesem Mitgliede aus dessen Warenlieferung, so kann die G.m.b.H. (oder A.G.) mit ihren Ansprüchen aus der Vertragsstrafe gegen den Anspruch des Mitgliedes auf Bezahlung der Warenlieferung aufrechnen, ohne daß es einer Genehmigung des Vorsitzenden des Kartellgerichts gemäß § 9 der Kartellverordnung bedarf; (u. § 3,5.) denn es handelt sich nicht um die Verwertung einer Sicherheit.

Auch die Lagerumsätze einer G.m.b.H. (oder A.G) als Verkaufsstelle eines Syndikates sind umsatzsteuerfrei, entgegen der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes Bd. 15 S. 312. (u. § 7,2.)

Sämtliche Darstellungen des Kartellrechts heben im besonderen Maße den wirtschaftlichen Untergrund dieses Rechtsgebietes hervor. Der Verfasser konnte in dieser Hinsicht seine praktischen, auch nach der kaufmännischen Seite hin liegenden Erfahrungen aus seiner Tätigkeit während dreier Jahre für große Syndikate verwerten.

§ 2.

Wirtschaftlicher Grund der Kartelle.

Die verschiedenen Kartellformen.

1. (Der wirschaftliche Grund der Kartelle. — Kartell in Form einer G.m.b.H. (oder A.G.) mit mehreren formlosen Sonderverträgen — RG 74,34.) Wenn fünf Fabrikanten eines Massenartikels X, die wir A, B, C, D und E nennen wollen, den Wunsch haben, der in dem Markte des Artikels X eingerissenen Preisschleuderei dadurch ein Ende zu machen,

daß sie einheitliche Preise vereinbaren, zugleich in der Erwartung, dadurch teure Reklamekosten, hohe Aufwendungen für die Vertreterorganisationen und sonstigen Spesen der Absatzwerbung zu sparen, die sich mit dem steigenden Wettbewerbe immer drückender fühlbar machten, so gehen sie folgendermaßen vor: Ihre Jahresumsätze in dem Massenartikel mögen, gerechnet etwa nach den letzten drei Kalenderjahren und auf eine einheitliche Verhältniszahl gebracht: 30, 25, 20, 16 und 9 gewesen sein. Sie gründen nun zunächst, unter Benutzung des einfachsten Normalstatutes dieser Gesellschaftsform eine G. m. b. H., etwa „Vertriebszentrale G. m. b. H. für den Massenartikel X" genannt. Die G.m.b.H. möge ein Stammkapital von RM 100 000,— haben. Die Beteiligung entspricht dann dem Verhältnis ihrer oben angegebenen Umsätze, also RM 30 000.—, 25000.—, 20000.—, 16000.—, 9000.—. Als Gegenstand des Unternehmens wird einfach angegeben: „Ein- und Verkauf von X-Artikeln". Die Dauer der G.m.b.H. ist unbeschränkt. Nach § 60 Ziffer 2 G.m.b H.-Gesetz kann sie daher durch Beschluß der Gesellschafter mit einer Mehrheit von ¾ der abgegebenen Stimmen aufgelöst werden. In dieser Form wird die G.m.b.H. in das Handelsregister eingetragen und erlangt dadurch nach § 11 G.m.b.H.-Gesetz die juristische Persönlichkeit.

Um die eigentlichen Kartellpflichten zu begründen, schließt nun die G.m.b.H. mit jedem der fünf Fabrikanten einen formlosen Sondervertrag des unten geschilderten Inhalts ab. Wird dieser von der G.m.b.H. in üblicher Weise brieflich bestätigt, liegen also fünf Urkunden gleichen Wortlauts über diese Sonderverträge vor.

Die Sonderverträge selbst gehen dahin:

a) Fabrikant A, dessen Sondervertrag wir zunächst betrachten wollen, verpflichtet sich der G.m.b.H. gegenüber,

aa) es zu unterlassen, über den Massenartikel X selbst irgendwelche Kaufverträge abzuschließen,

bb) vielmehr verpflichtet er sich, Kaufverträge über den Massenartikel X lediglich mit der „G.m.b.H. Vertriebszentrale" zu tätigen, und zwar zu Preisen, die jeweilig von einer Preiskommission, bestehend aus den Fabrikanten A, C und E, mit bindender Wirkung festgesetzt werden.

Für beide Verpflichtungen übernimmt Fabrikant A eine Vertragsstrafe in Höhe von RM 100000,— für jeden Fall der Zuwiderhandlung.

b) Demgegenüber verpflichtet sich die G.m.b.H. dem Fabrikanten A gegenüber:

aa) Nur X-Artikel zu verkaufen, und zwar zu Preisen, die ebenfalls von der oben erwähnten Preiskommission bestehend aus den Fabrikanten A, C und E, bindend festgesetzt werden,

bb) die für ihre Verkäufe benötigten X-Artikel einzukaufen nur bei dem Fabrikanten A, und zwar zu einer Quote von 30% ihres Bedarfes,

cc) mit den Fabrikanten B, C, D und E Verträge gleichen Wortlauts abzuschließen, wobei diese Fabrikanten hinsichtlich der eben erwähnten Quote folgende Ziffer erhalten:

25, 20, 16, 9.

Das ist, auf die einfachste juristische Formel gebracht, der Inhalt derartiger Sonderverträge.

Praktisch spielt sich (wie vielfach in den Sonderverträgen noch ausdrücklich ausgesprochen ist) die Sache nun so ab, daß die Kunden der Fabrikanten zunächst noch ihre Bestellungen bei den Fabrikanten selbst einreichen. Die Fabrikanten sind dann verpflichtet, diese Bestellungen der „Vertriebszentrale G.m.b.H." zu übermitteln und den Kunden mitzuteilen, daß Verkäufe nur noch durch diese „Vertriebszentrale" abgeschlossen werden dürfen. Allmählich gewöhnt sich die Kundschaft daran, bei der Vertriebszentrale direkt zu bestellen.

Hinsichtlich der Dauer des Sondervertrages findet sich in diesem Sondervertrage eine Bestimmung dahin, daß derselbe vielleicht auf fünf Jahre läuft und, ohne Aufkündigung seitens eines Fabrikanten ein halbes Jahr vor Ablauf, jedesmal ein Jahr verlängert wird.

Kündigt also ein Fabrikant den Sondervertrag, so wird die G.m.b.H., deren Dauer ja unbeschränkt ist, nicht berührt. Zu ihrer Auflösung bedarf es nach dem oben Mitgeteilten eines Beschlusses der Gesellschafter der G.m.b.H. mit ¾ Mehrheit.

Mit RG 74,74, und etwa Hüttner S. 87 ff. vertreten wir, im Gegensatz fast zu der gesamten Literatur (Brodmann S. 26, Flechtheim S. 285 mit Nachweisungen) die Meinung, daß es sich bei dem vorstehenden Vertragsverhältnis lediglich um gegenseitige Verträge unbenannter Art zwischen der G.m.b.H. und den fünf Fabrikanten handelt, daß also nicht, wie die Literatur behauptet, durch die Sonderverträge ein irgendwie geartetes Gesellschaftsverhältnis bürgerlichen Rechts zwischen den Fabrikanten oder auch zwischen ihnen und der G.m.b.H. begründet wird, daß also keiner der Fabrikanten diese Sonderverträge vor Ablauf ihrer in den Sonderverträgen vorgesehenen Zeit aus dem wichtigen Grunde des BGB § 723 Abs. 1 aufkündigen kann.

2. (Kartell in Form einer G.m.b.H. mit äußerlich einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ähnlichen Sondervertrage, RG vom 4.1.05, in RG 74,34.) Der eben geschilderte Kartellvertrag kommt noch in etwas anderer Form vor: Die Sonderverträge stehen in einer, von sämtlichen Fabrikanten unterschriebenen Urkunde. Der Sondervertrag beginnt etwa mit den Worten:

> „Es vereinbaren die nachstehenden Fabrikanten, im nachstehenden Syndikatsmitglieder genannt, sowohl unter sich wie mit der G.m.b.H. Vertriebszentrale",

und nunmehr folgen dem Sinne nach alle die oben mitgeteilten Bestimmungen, mit der Maßgabe, daß vielleicht noch von einer Versammlung der Syndikatsmitglieder die Rede ist, die z. B. alljährlich die oben erwähnte Preiskommission zur Bestimmung der Einkaufspreise und Verkaufspreise der Vertriebszentrale G.m.b.H. wählt.

In dieser Form war der Sondervertrag des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats vom Jahre 1903 abgeschlossen (mitgeteilt von Flechtheim S. 154 und S. 324), nur daß hier von den Zechenbesitzern nicht eine G.m.b.H., sondern eine Aktiengesellschaft gegründet war, was an der juristischen Beurteilung nichts ändert, und merkwürdigerweise hat vor dem oben erwähnten Urteil des RG 74,34 das Reichsgericht in einer, anscheinend allerdings ungedruckten Entscheidung vom 4. 1. 1905 dahin entschieden, daß ein so gefaßter Vertrag (damals des Nordwestdeutschen Portlandzement-Syndikats) ein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts gemäß BGB § 705 ff. sei, der also, darauf erging tatsächlich damals die Entscheidung des höchsten Gerichts, nach § 723 BGB jederzeit aus wichtigem Grunde aufgekündigt werden könne.

Daraus hat sich die Theorie der sog. Doppelgesellschaft entwickelt: Der Gesellschaft der G.m.b.H. steht in dem Sondervertrage eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit den Kartellpflichten gegenüber. Diese Theorie ist die herrschende. (Brodmann S. 26, Flechtheim S. 285 mit Nachweisungen.)

3. (Kartelle in der Form der Nebenleistungs-G.m.b.H.) Nach § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes können den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapital-Einlagen noch „andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft" auferlegt werden, die aber im Gesellschaftsvertrage aufgenommen werden müssen, also nach § 2 des G.m.b.H.-Gesetzes der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen.

In der Tat gibt es Kartelle, in denen der oben geschilderte Inhalt der Sonderverträge in dieser Weise in den G.m.b.H.=Vertrag hineingearbeitet, also mit diesem zusammen gerichtlich oder notariell beurkundet ist. Hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeit spricht sich RG 73,429 dahin aus, daß hier für eine Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß BGB § 723 kein Raum sei. Das Kündigungsrecht der Gesellschafter beschränke sich vielmehr auf § 61 des G.m.b.H.=Gesetzes, wonach „in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe" Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, zur Erhebung der beim Landgericht einzureichenden Auflösungsklage berechtigen. Die Auflösung tritt dann erst mit dem rechtskräftigen, gerichtlichen Urteil, also vielleicht erst Jahre nach Erhebung der Klage ein.

Schon vor der Kartellverordnung hat die Literatur auch hier (Roth, LZ. 12, 266 ff. im Ergebnis übereinstimmend Kaufmann, Sächs. Arch. 1912, S. 416, Flechtheim 287) behauptet, auch ein Kartellvertrag in dieser Form der Nebenleistungs=G.m.b.H. könne von jedem Mitgliede des Kartelles aus wichtigem Grunde nach § 723 BGB aufgekündigt werden, da das Kartellverhältnis sich als ein selbständiges, in den G.m.b.H.=Vertrag hineingesprengtes Gesellschaftsverhältnis nach bürgerlichem Rechte darstelle. Das Reichsgericht hat aber, wie oben bereits erwähnt, in seiner Entscheidung 73,429 diesen Standpunkt ausdrücklich und entschieden abgelehnt.

4. (Kartelle in der Form der Nebenleistungs=A.G. gemäß HGB § 212) kommen heute kaum noch vor. (Flechtheim S. 295, u. § 5,3.)

5. (Die einfache Preiskonvention.) Wenn unsere zu 1. zur Erläuterung der wirtschaftlichen Grundlagen aller Kartelle eingeführten fünf Fabrikanten einheitliche Preise für ihre X Ware wünschten, würde man sie zunächst dahin geneigt sein, zu beraten, daß sie untereinander einen einfachen Vertrag abschließen sollten, der sie verpflichtet, bei ihrem Verkauf gewisse Mindestpreise innezuhalten. Die Erfahrung hat gelehrt, daß derartige Verträge nicht ausreichen; sie werden umgangen, wenn nicht direkt, so doch indirekt, indem der einzelne Fabrikant auf den vorgeschriebenen Preis eine besondere Rabattgutschrift erteilt, oder die kartellierte X=Ware zusammen mit einer nicht kartellierten Ware verkauft und den Preis der nicht kartellierten Ware ermäßigt, oder endlich seinem Abnehmer andere Vorteile, z. B. übermäßige Stundung gewährt. (vergl. Flechtheim S. 141.)

Gerade um solche Umgehungen zu verhüten, hat sich die oben geschilderte G.m.b.H. (oder A.-G.) als *ausschließliche Verkaufsstelle* eines Kartells entwickelt: Der Vertragsschluß liegt *nur* in der Hand der G.m.b.H. oder A.G. Immerhin sind aber solche *reinen Konventionen* (also ohne zentralisierten Verkauf) noch häufig und RG 53,19, ebenso 82,396, bezeichnen solche Konventionen als *gesellschaftsähnliche* Rechtsgebilde gemäß BGB § 705 ff, lassen also die Kündigung aus wichtigem Grunde nach BGB § 723 zu. Für *eigentliche* Gesellschaftsverträge vermißt das Reichsgericht das *Gesellschaftsvermögen*. Die *Literatur* teilt überwiegend die Meinung des Reichsgerichts. (*Flechtheim* S. 144.)

6. Auch in der Form der *Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften* nach dem Reichsgesetze vom 1. Mai 1889 kommen Kartelle vor (u. § 6,4), ebenso in der Form des *eingetragenen Vereins* (u. § 6,1) und des *nicht rechtsfähigen Vereins* (u. § 6,3).

Wir behaupten: In all diesen Kartellformen sind die Kartellpflichten einfache, unbenannte, gegenseitige Verträge, die nur nach derem Rechte zu beurteilen sind.

§ 3.

Der Kartellvertrag in der Form der G.m.b.H. mit formlosen Sonderverträgen (RG 74,34).

Die uns für diesen Abschnitt vorgelegte Frage bedeutet, auf den praktischen Fall des RG 74,34 abgestellt: Liegt bei derartiger Kartellform (G.m.b.H. oder A.G. mit *mehreren*, gleichlautenden Sonderverträgen mit ihren Mitgliedern, oben § 2,1) — mit der Literatur — *Gesellschaftsvertrag* des bürgerlichen Rechts vor, sodaß Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß BGB § 723 stattfindet, oder stecken in den Sonderverträgen einfache, *gegenseitige Verträge*, sodaß mit RG 74,34 die erwähnte Kündigung des BGB § 723 ausgeschlossen ist?

Zur Lösung dieser Frage erscheint es nötig, die juristische Struktur der Sonderverträge, insbesondere in ihrer Beziehung zu der G.m.b.H., in weiterem Umfange zu untersuchen.

1. (Inhalt des G. m. b. H.-Vertrages und der Sonderverträge.) Der G. m. b. H.-Vertrag zunächst enthält bei dieser Vertragsform (vielfach, nicht immer) eine Bestimmung, etwa des Inhaltes:

> „Scheidet einer der in den Sonderverträgen genannten Fabrikanten rechtsgültig vorzeitig aus dem Vertragsverhältnis aus, so ist er verpflichtet, seinen Geschäftsanteil binnen eines Monats gegen Erstattung des Nennwertes desselben an die G. m. b. H. oder die von derselben bestimmte Person abzutreten."

Man hat hierbei vor der Kartellverordnung an Fälle gedacht, wo der betreffende Fabrikant etwa sein Werk dauernd stillegt. Es ist dann selbstverständlich, daß der Sondervertrag für ihn jede praktische Bedeutung verliert. Gesellschafter der G. m. b. H. würde er an sich bleiben. Dies erscheint unerwünscht, nachdem er nicht mehr Mitglied des Kartelles ist. Daher die obige Bestimmung, die nach Inkrafttreten der Kartellverordnung eine größere Bedeutung gewonnen hat: Sollte nämlich das Kartellgericht in einem Falle gemäß § 8 der Kartellverordnung die fristlose Kündigung der Sonderverträge durch ein Mitglied des Kartelles für berechtigt erklären, so scheidet dieses Mitglied ja aus dem Kartellverhältnis aus. In diesem Falle gibt die obige Bestimmung des G.m.b.H.-Vertrages die erwünschte Handhabe, hinsichtlich seiner Mitgliedschaft in der G.m.b.H. dasselbe zu erreichen.

Während wir also, als wir oben § 2,1 die praktische Gestalt einer derartigen G. m. b. H. mit Sonderverträgen einführten, den Fall so bildeten, (wie er regelmäßig der Praxis entspricht) daß die Quoten, hinsichtlich deren die G.m.b.H. nach den Sonderverträgen die Produktion der Kartellmitglieder abzunehmen hat, den Quoten der Beteiligung der Kartellmitglieder an der G.m.b.H. entsprechen, kommt es also auch vor, daß die Quoten der Beteiligung an der G. m. b. H. und die Quoten der Sonderverträge auseinanderfallen: Hat Kartellmitglied Fabrikant A (z. B. infolge der Kartellverordnung) seinen Sondervertrag mit der G.m.b.H. fristlos mit Erfolg aufgekündigt, so ist seine Quote in dem Sondervertrage weggefallen. An der G.m.b.H. ist er mit seinem Geschäftsanteile solange noch beteiligt, kann daher solange noch als Mitglied der G.m.b.H. in ihrer Gesellschafterversammlung an den Beschlüssen derselben mitwirken und seine übrigen Gesellschaftsrechte ausüben, als er nicht auf Grund einer vielleicht im Statute der G.m.b.H. mitgeteilten Bestimmung obigen Inhalts seinen G.m.b.H.-Anteil an die G.m.b.H. oder eine sonstige Person abgetreten hat. — Ebenso ist folgender Fall in der Praxis

der Kartelle nicht selten: Dem Kartelle unserer am Beginn der Arbeit aufgeführten fünf Fabrikanten treten nach einiger Zeit drei weitere Fabrikanten bei, schließen also, unter entsprechender Abänderung der Quoten der Sonderverträge, mit der G.m.b.H. die gleichlautenden Sonderverträge. Hier haben wir dann Fabrikanten, die zwar an den Sonderverträgen, aber nicht an der G.m.b.H. beteiligt sind. Üblicherweise wird im Laufe der Zeit dann für diese später hinzugetretenen Fabrikanten ein Geschäftsanteil von der G.m.b.H. abgezweigt. Nötig ist es aber nicht, und unmöglich ist es, wenn die G.m.b.H. z. B. wertvollen, aus den Aufwendungen der bisherigen Kartellmitglieder erworbenen Grundbesitz hat, an dem die neu Eintretenden ohne Gegenleistung teilnehmen dürfen, ungerecht wäre. Festgehalten sei also hier für die weitere Untersuchung nur, daß die Quoten der Sonderverträge und der G.m.b.H. auseinanderfallen können, daß also insofern die Sonderverträge von der G.m.b.H. völlig unabhängig sind.

Die rechtliche Gültigkeit der oben geschilderten Bestimmung, wonach unter gewissen Umständen die Syndikatsmitglieder ihre Anteile an der G.m.b.H. der G.m.b.H. oder einer von dieser bestimmten Person abzutreten haben, unterliegt keinen Bedenken. Nach § 33 G.m.b.H.-Gesetz darf die G.m.b.H. nur solche eigenen Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage noch nicht vollständig eingezahlt ist, nicht erwerben. Von eigenen Geschäftsanteilen, auf welche die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist, fordert § 33 Abs. 2 a.a.O. nur, daß sie dieselben nicht erwerben „soll". Ein Erwerb entgegen dieser Vorschrift würde also rechtsgültig sein, und selbst diese Sollvorschrift entfällt nach § 33 Abs. 2 letzter Satz, wenn die G.m.b.H. in der Lage ist, den volleingezahlten Geschäftsanteil aus einem Vermögen zu erwerben, z. B. aus zurückgestellten Reserven, das über den Betrag des Stammkapitals hinausgeht. Nach § 15 Absatz 3 G.m.b.H.-Gesetz bedarf auch die schuldrechtliche Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, und deshalb ist bei den Kartellen obige Bestimmung nicht in die Sonderverträge, sondern im Gesellschaftsvertrage aufzunehmen.

Sie geht dahin, daß zur Vereinfachung der Berechnung also das ausscheidende Mitglied mit dem Nennbetrage seines Geschäftsanteiles abgefunden werden soll. Das ist in den Fällen ein Nachteil für das ausscheidende Mitglied, wo, infolge stiller oder offener Reserven, der innere Wert des Anteils des ausscheidenden Mitglieds an der G.m.b.H. erheblich höher ist, als der Nennbetrag. Nun verbietet § 3 der Kartellverordnung mit dem

Erfolge der Nichtigkeit Kartellverträge und Beschlüsse, wenn sie die Anrufung des Kartellgerichts (z. B. zum Zwecke fristloser Kündigung des Kartells) ausschließen, erheblich erschweren oder die Wirksamkeit der Kartellverordnung in anderer Weise vereiteln oder beeinträchtigen, und nach § 9 Abs. 7 a. a. O. sind Vereinbarungen, die an die Kündigung Nachteile knüpfen, im Falle fristloser, durch das Kartellgericht bestätigter Kündigung nach § 8 der Kartellverordnung unwirksam. Wir sind nun zunächst grundsätzlich der Meinung, daß eine Bestimmung des oben mitgeteilten Inhaltes, wonach der aus der G.m.b.H. Ausscheidende mit dem Nennbetrage seines Geschäftsanteiles abgefunden wird, nicht eine Vertragsbestimmung ist, die im Sinne der beiden oben genannten Vorschriften der Kartellverordnung an die Kündigung des Kartellmitgliedes Nachteile knüpft oder dieselbe erschwert. Denn es handelt sich hierbei um eine übliche, lediglich die klare und einfache Berechnung der Abfindungssumme sicherstellende Vertragsberedung. Entscheidend ist aber: Es können Fälle vorkommen, z. B. bei Verlusten der G. m. b. H., wo der ziffernmäßige Wert des Geschäftsanteils höher ist als sein innerer Wert. Dann schlägt also die Bestimmung zum Vorteil des ausscheidenden Mitgliedes um, und mit Recht hebt Isay (S. 272 § 8 Anm. 65) hervor, daß derartige Bestimmungen nicht gegen die oben mitgeteilten Vorschriften der Kartellverordnung verstoßen, wenn es ungewiß ist, ob sie bei ihrer Anwendung im Einzelfalle für das Kartell oder für den Kündigenden vorteilhaft sind.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung der G.m.b.H. darf zu ihrer juristischen Würdigung folgendes nicht übersehen werden: Der größte Teil der Tätigkeit der G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Kartells besteht in der Praxis darin, daß sie Kaufverträge mit ihren Abnehmern abschließt, die von ihr an ihre Abnehmer verkaufte Ware gemäß der Quotenverteilung von den Kartellmitgliedern auf Grund der Sonderverträge wieder einkauft und die Ware (zur Ersparung von Fracht und der Umsatzsteuer gemäß § 7 des Umsatzsteuergesetzes) direkt von dem Kartellmitgliede zu dem Abnehmer rollen läßt. Vielfach hat die G.m.b.H. aber auch eigene Läger, kauft hier also in vollem Maße auf eigene Rechnung von den Kartellmitgliedern ein, und läßt dann die Ware auf das eigene Lager der G.m.b.H. zurollen. (Die Frage, ob nunmehr, bei Verkauf von diesem Lager, die G.m.b.H. zum zweiten Male Umsatzsteuer zu entrichten hat, ist besonders interessant und auf Grund der nach diesen Richtungen ergangenen Entscheidungen des Reichsfinanzhofes, die sich auch mit der Rechtsnatur des Kartellvertrages beschäftigen, u. § 7,2 erörtert.)

Es entsteht also bei der G.m.b.H., schon auf Grund der Verkäufe aus diesen eigenen Lägern, regelmäßig ein Reingewinn, über dessen Verteilung nach dem G.m.b.H.-Gesetz und dem Gesellschaftsstatute die Gesellschafter-Versammlung der G.m.b.H. in der üblichen Weise beschließt. Ebenso hat eine derartige Kartell-G.m.b.H. oft, wie schon erwähnt, eigene Grundstücke für die Verwaltung oder für die Läger. Sie beschäftigt ferner einen großen Stab von Angestellten, sodaß mit Rücksicht gerade auf diese Verhältnisse das Kartellgericht in seiner Entscheidung Nr. 4 vom 30. 1. 24. ausgesprochen hat, daß die fristlose Kündigung des § 8 der Kartellverordnung hier nur in ganz besonders schweren Fällen begründet sei.

Aufgelöst wird die G.m.b.H., wenn sie, wie regelmäßig auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, nach § 60 Z 2 des G.m.b.H.-Gesetzes durch Gesellschaftsbeschluß (regelmäßig ¾ der abgegebenen Stimmen). Wir erwähnten bereits oben § 2 S. 6, daß die die Kartellpflichten enthaltene Sonderverträge stets auf eine bestimmte Zeit, z. B. auf 5 Jahre, abgeschlossen sind. Stellen sie (nach unserer Ansicht und mit RG 74,34) also einfache, gegenseitige Verträge mit der G.m.b.H. dar so können sie also nicht etwa durch einen Beschluß von ¾ der Gesellschafterstimmen innerhalb der G.m.b.H. aufgelöst werden. Sollen die Sonderverträge aufgelöst werden, so bedarf es dazu vielmehr, außer der Zustimmung der G.m.b.H., der Zustimmung sämtlicher Teilnehmer der Sonderverträge. Es kann also, was in der Praxis äußerst wichtig ist, ein Kartellmitglied verhüten, daß der Kartellvertrag vor dem Ablauf der in den Sonderverträgen festgelegten Frist sein Ende erreicht. Umgekehrt: Wird die G.m.b.H. etwa durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst, ehe die Sonderverträge abgelaufen sind, so enden die Sonderverträge nicht. Es tritt vielmehr die G.m.b.H. gemäß § 66 G.m.b.H.-Gesetz in Liquidation, und die Sonderverträge bestehen gegenüber der Liquidationsgesellschaft weiter zu Recht. Das gleiche gilt, wenn die G.m.b.H. nach § 61 G.m.b.H.-Gesetz infolge der Auflösungsklage aus wichtigem Grunde durch gerichtliches Urteil aufgelöst wird, und im Falle der Nichtigkeitsklage. (§ 77 G.m.b.H.-Gesetz)

Wir gewinnen also den wichtigen Satz: Die G.m.b.H. besteht weiter, wenn die Sonderverträge (z. B. durch Fristablauf) abgelaufen sind, (und dieser Fall ist in der Tat alltäglich. Man läßt gerade in solchem Falle die G.m.b.H. bestehen, in der Erwartung, daß sich die Kartellmitglieder, nachdem der Konkurrenzkampf im freien Wettbewerb nach Auflösung der

Sonderverträge durchgeführt ist, wieder an dem Kristallisationspunkte der G.m.b.H. zu neuem Kartellvertrage zusammenfinden.) Umgekehrt: Auflösung und Nichtigkeit der G. m. b. H. berühren die Sonderverträge nicht. Sie bleiben vielmehr gegenüber der Liquidations = G. m. b. H. in voller Kraft.

Auch insoweit sind also die Sonderverträge unabhängig von der G.m.b.H., sodaß unserer Annahme gegenseitiger Verträge aus der Richtung ihrer Verbindung mit der G.m.b.H. Bedenken nicht entgegenstehen.

2. (Form und weiterer Inhalt der Sonderverträge.) RG 79,332 entschied folgenden Fall: Eine G.b.m.H. hatte zwecks Errichtung eines Kartells mit ihren Mitgliedern die formlosen Sonderverträge abgeschlossen, die uns hier interessieren und die den Inhalt der Kartellpflichten (Verkauf nur an die G.m.b.H., Verkauf der G.m.b.H. an ihre Abnehmer nur zu den von den Kartellmitgliedern bestimmten Preisen) enthielten. Darüber hinaus verbriefte der Sondervertrag in dem von RG entschiedenen Fall die übliche Vertragsstrafe, und gerade diese Vertragsstrafe war es, die die G.m.b.H. von dem verklagten Mitgliede forderte. Abweichend von unserer bisherigen Darstellung enthielt der G.m.b.H.=Vertrag aber noch die folgende Bestimmung: Die Mitglieder der G.m.b.H. verpflichten sich, ihre gesamte Produktion an die G.m.b.H. abzuliefern und durch dieselbe verkaufen zu lassen. Wir bemerken noch einmal: Der G.m.b.H.=Vertrag enthielt also (in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung) diese Bestimmung, nicht die Sonderverträge, die also äußerlich ein Teil des G.m.b.H.=Vertrages war. Deshalb warf das Reichsgericht den Zweifel auf, ob die in dem formlosen Sondervertrage verbriefte Vertragsstrafe in Wahrheit nicht als ein Teil des G. m. b. H. = Vertrages beabsichtigt gewesen, daher mit dem gesamten Sondervertrage mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung gemäß § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.=Gesetzes nichtig sei, da ja nach dieser Bestimmung auch derartige „andere Verpflichtungen“ der Gesellschafter der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen. Zugleich sprach jedoch (selbstverständlich) das Reichsgericht aus, daß die G.m.b.H. ebenso gut, wie sie rechtsgeschäftliche Verträge jeder Art mit einem beliebigen Dritten schließen dürfe, auch in der Lage sei, mit ihren Mitgliedern rechtsgültige, formlose Sonderverträge mit den oben geschilderten Kartellpflichten abzuschließen. Das Reichsgericht wies also die Sache an das Oberlandesgericht zur Feststellung darüber zurück, ob mit dem Sondervertrage Gesellschaftsverpflichtungen oder ein=

fache, nicht gesellschaftliche Verpflichtungen geschäftlicher Art gemeint gewesen seien.

Der Unterschied wäre, des weiteren ausgeführt, folgender: Handelte es sich um gesellschaftliche Verpflichtungen, so bedurften diese, wie erwähnt, nach § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes derselben Form wie der G.m.b.H.-Vertrag. Eine Abänderung der Verpflichtungen war nach § 53 des G.m.b.H.-Gesetzes durch Gesellschafterbeschluß möglich, der aber wieder der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurfte. Wurde die Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter, Auflösungsklage oder Nichtigkeitsklage aufgelöst, dann entfielen auch die Gesellschaftsverpflichtungen. — Lagen dagegen einfache, nicht gesellschaftliche Verträge mit Personen vor, die zufällig gerade auch Mitglieder der G.m.b.H. waren, dann waren die Verträge, und damit auch die Beredung über die Vertragsstrafe, formlos gültig. Der Zweifel war in die Sache nur dadurch hineingebracht, daß die Satzung der G.m.b.H. den oben erwähnten Hinweis enthielt, daß die Gesellschafter der G. m. b. H. ihre Produktion nur an die G. m. b. H. verkaufen dürften, und so der Vermutung Raum ward, daß der Inhalt der Sonderverträge in Wahrheit als Gesellschafts-Verpflichtung gemeint sei. Es empfiehlt sich also für die Kartelle, welche die Kartellpflichten in formlosen Nebenverträgen festlegen, jeden Hinweis auf diese Kartellpflichten in der Satzung der G.m.b.H. zu unterlassen.

Mit Recht macht aber Isay S. 94 darauf aufmerksam, daß der oben erwähnte Hinweis in der Satzung einer G.m.b.H. nur ein unverbindliches Programm derselben aufstelle, aus dem nicht geschlossen werden dürfe, daß die dieses Programm ausführenden formlosen Sonderverträge als Gesellschafts-Verpflichtungen gemeint seien. Jedenfalls finde die Konversion aus BGB § 140 statt: Seien die als Gesellschaftsverpflichtungen beabsichtigten Kartellberedungen mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtig, so könnten sie als formlose, einfache Verträge der G.m.b.H. mit Personen aufrecht erhalten werden, die zufällig gerade Mitglieder der G.m.b.H. seien. In der Praxis ist ja in der Tat der Fall nicht selten, daß einem bereits bestehenden Kartelle neue Mitglieder zutreten und die G.m.b.H. nun mit diesem formlosen Sondervertrage, die Kartellpflichten enthaltend, abschließt. Hier werden oft aus den oben erwähnten Gründen (§ 3,1) die neuen Mitglieder an der G. m. b. H. nicht beteiligt, bis sich passende Gelegenheit dazu bietet, sofern es überhaupt geschieht. Dann haben wir also in der Tat formlose Sonderverträge, die mit Personen abgeschlossen sind, die

nicht Mitglieder der G.m.b.H. sind. Wir würden also mit Isay a. a. O. in dem oben mitgeteilten Falle des Reichsgerichts die Vertragsstrafe ohne weitere Prüfung jedenfalls unter dem Gesichtspunkte der geschilderten Konversion nach BGB § 140 zugesprochen haben.

Die Kartellverordnung hat nun der Formlosigkeit der Sonderverträge ein Ende gemacht. Sie bestimmt in § 1,1:

> „Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen), bedürfen der schriftlichen Form",

und das Kartellgericht (E. Nr. 19 v. 14. 2. 1924.) und die gesamte Literatur (Lehnisch-Fischer S. 196, Goldbaum S. 28, Friedländer S. 67, Goldmann J. W. 1924, 114, Blum S. 40, Klinger S. 129) legten diese Bestimmung zunächst dahin aus, daß die strenge Schriftform des BGB § 126, also Unterschrift sämtlicher Vertragsschließenden auf derselben Urkunde oder, was praktisch bei einer größeren Zahl von Kartellmitgliedern kaum durchzuführen ist, Austausch gegenseitig unterschriebener, gleichlautender Urkunden erforderlich sei. Die große Wichtigkeit der Bestimmung zeigt sich vor allem auch bei Abänderungen oder Verlängerungen von Kartellverträgen. Auch hier war ja nach dieser Auffassung diese strenge Schriftform erforderlich. Isay S. 142 hebt mit Recht hervor, daß danach ein Drittel aller in Deutschland bestehenden Kartelle rechtlich ungültig sein würden. Wie jedoch Reichswirtschaftsrat Dr. Wiedersum im Zentralblatt für Handelsrecht 1926 S. 106 mitteilt, hat erfreulicherweise neuerdings das Kartellgericht seine in der Praxis ganz undurchführbare Auffassung geändert und hält nunmehr auch einfache, schriftliche Niederlegung der Kartellvereinbarungen für ausreichend, soweit diese Niederlegung nur in jeder Hinsicht eine zuverlässige Nachprüfung ermöglicht. Es genügt also zur Begründung rechtsverbindlicher Kartellverpflichtungen, soweit nicht das allgemeine bürgerliche Recht eine strengere Form vorschreibt, auch die briefliche Bestätigung, welche die gesetzliche Schriftform des BGB § 123 ja nicht erfüllt (So anscheinend jetzt auch RG in JW 26, 2912). Es ist auch nicht mehr nötig, daß alle Vertragsschließenden auf derselben Urkunde unterschreiben. Sie brauchen überhaupt nicht zu unterschreiben, wenn nur sonst der Inhalt der Kartellverpflichtungen durch irgendwelche schriftliche Aufzeichnung, z. B. durch eine, nur vom Geschäftsführer unterschriebene, in Abschrift von dem Kar-

tellmitglied unbeanstandet entgegengenommene Niederschrift zu ermitteln ist. Um diesen neuen Standpunkt des Kartellgerichts zu gewinnen, hätte es schon genügen sollen, darauf hinzuweisen, daß der oben mitgeteilte § 1,1 der Kartellverordnung die Schriftform ja auch für Beschlüsse der Kartellmitglieder fordert, solche Beschlüsse aber schriftlich im Sinne des BGB § 126 garnicht niederzulegen sind, wenn z. B. diejenigen Mitglieder, die überstimmt sind oder sich an der Abstimmung nicht beteiligt haben, ihre Unterschrift verweigern. Im übrigen betont Isay S. 142 mit Recht, daß der Zweck der Schriftform des § 1,1 der Kartellverordnung nicht der ist, die Vertragschließenden, ja regelmäßig erfahrene Geschäftsleute, vor Übereilung zu schützen. Die Schriftform ist vielmehr im öffentlichen Interesse vorgeschrieben, um eine wirksame Beaufsichtigung der Kartelle zu ermöglichen und der Behörde ein Eingreifen aus § 4 der Kartellverordnung möglich zu machen.

Immerhin werden die Kartelle vorsorglich gut daran tun, die strenge Schriftform des BGB § 126 zu wahren. — Wird also von den Kartellmitgliedern die uns hier interessierende G.m.b.H. als Verkaufszentrale gegründet und (regelmäßig) noch an dem gleichen Tage, also noch vor Eintragung der G.m.b.H. in das Handelsregister, der Sondervertag mit den einzelnen Kartellmitgliedern abgeschlossen, so genügt die Unterschrift der Kartellmitglieder. Die G.m.b.H. selbst kann ja noch nicht unterschreiben, da sie nach § 11 des G.m.b.H.-Gesetzes vor ihrer Eintragung noch nicht besteht. Vom Zeitpunkt des Abschlusses des Gründungsvertrages der G.m.b.H. bis zu ihrer Eintragung besteht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes, welche mit den Unterschriften ihrer Gesellschafter Sonderverträge abschließt. Mit der Eintragung und der damit verbundenen Entstehung der G.m.b.H. nach § 11 des G.m.b.H.-Gesetzes gehen die Rechte aus diesen Sonderverträgen dann auf die G.m.b.H. über, vielleicht unter dem Gesichtspunkte des Vertrages zu Gunsten Dritter § 328 BGB oder wie man sonst diesen hier nicht interessierenden Rechtsvorgang konstruieren mag. (Staub Band II,1 S. 61, Brodmann S. 54, 55, RG 58,55.)

Ist dagegen die G.m.b.H. durch Eintragung im Handelsregister entstanden und wird nunmehr der die Kartellverpflichtungen enthaltene Sondervertrag entweder erst abgeschlossen und vor allen Dingen abgeändert oder verlängert, so empfiehlt es sich, daß nicht allein die einzelnen Kartellmitglieder, sondern auch die G.m.b.H., vertreten durch die zeichnungsberechtigten Geschäftsführer unterschreiben, damit nicht später, z. B. regelmäßig bei der Einklagung einer Vertragsstrafe, an dem gesamten Kartellvertrage, und damit

die gesamte Grundlage des Kartells, die Art des Zweifels mangelnder Schriftform angelegt wird. Schon ein derartiger Zweifel vermag ein ganzes Kartell zu gefährden.

Der wirtschaftliche Inhalt eines Kartellvertrages, um auch nach dieser Seite das Bild auszumalen, ist nun nicht so einfach, wie wir ihn oben in § 2,1 juristisch zusammenfaßten. — Außer der bereits erwähnten Preiskommission zur Festsetzung der Ein- und Verkaufspreise der G.m.b.H., findet sich häufig noch ein Beirat, z. B. als Berufungsorgan gegenüber der Preiskommission, auch als Vermittlungsstelle bei Festsetzung von Vertragsstrafen. Oft ist auch bestimmt, daß Beirat und Preiskommission hinsichtlich ihrer Personen nicht von Anfang an unabänderlich fest bestimmt sind, sondern etwa alljährlich in einer Versammlung der Kartellmitglieder gewählt werden. Vor allem denken die oben in § 2,1 geschilderten, mit den einzelnen Kartellmitgliedern abgeschlossenen Sonderverträge auch an den Zutritt neuer Mitglieder und sehen deshalb etwa vor: Die G. m. b. H ist berechtigt, mit weiteren Fabrikanten des kartellierten Artikels Sonderverträge gleichen Wortlauts abzuschließen, sofern etwa ¾ der bisherigen Mitglieder des Kartells (Stimmrecht nach ihrer Quote berechnet) sich damit einverstanden erklären. In diesem Falle müssen sich sämtliche Kartellmitglieder ihre Quoten verhältnismäßig zur Gewinnung der Quoten der neuen Mitglieder kürzen lassen. Häufig sind ferner folgende, sich selbst erklärende Vertragsbestimmungen: Falls das Kartellmitglied seinen Betrieb aufgibt, so hat es die Maschinen sowie die Einrichtungen der G.m.b.H mit Vorverkaufsrecht anzubieten. Oder: „Der Vertrag ist bindend für den Rechtsnachfolger des Kartellmitgliedes. Im Falle von Verkauf, Erbschaft und ebenso für Pächter, Nutznießer und jeden sonstigen Betreiber der Fabrik, hat das Kartellmitglied dafür einzustehen, daß alle diese Personen in den Vertrag gegenüber der G. m. b. H. eintreten.“ — Über die Rechtsfolgen eines Konkurses eines Kartellmitgliedes dagegen fehlen vielfach Bestimmungen in den Sonderverträgen, obgerade der Konkurs (u. § 5,5) der Prüfstein für unsere Auffassung dieser Verträge wird.

3. (Die juristische Konstruktion der Sonderverträge.) Die Literatur (Flechtheim S. 88, 285, Staub-Hachenburg Exkurs zu § 3 Anm. 1, Brodmann S. 24) ist in der Beurteilung dieser formlosen, die Kartellpflichten enthaltenen Sonderverträge einheitlich: Die Vertragschließenden erstreben einen gemeinschaftlichen Zweck, nämlich Verkauf zu einheitlichen Preisen. Sie wählen eine Preiskommission, einen Beirat, sie sehen durch Beschluß der Kartellmitglieder den

Zutritt neuer Mitglieder zu dem Kartelle vor. Das alles beweist der herrschenden Meinung, daß die Sonderverträge, gleichgültig selbstverständlich, ob sie auf verschiedenen oder auf einer Urkunde stehen, einen Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Rechte gemäß BGB § 705 darstellen, oder, vorläufig ganz ungenau ausgedrückt, bei einer größeren Zahl von Mitgliedern gegebenenfalls auch einen nicht rechtsfähigen Verein, auf den ja nach § 54 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anwendung finden. Der G.m.b.H., der einen Gesellschaft steht also in den Sonderverträgen eine zweite Gesellschaft, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, gegenüber, und deshalb bezeichnet man, wie schon erwähnt, die uns hier interessierende Form des Kartells als Doppel-Gesellschaft, und zwar in solchem Maße, daß abweichende Meinungen schon kaum mehr mitgeteilt werden. RG 74,34, die bei den hier erörterten Sonderverträgen die Annahme einer Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzes und damit das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gemäß § 723 BGB mit uns ablehnt, wird einheitlich als unrichtig erklärt. Wir vertreten dagegen (etwa mit Hüttner, S. 87 ff.) die Ansicht des Reichsgerichts, daß die Sonderverträge im vorliegenden Falle kein Gesellschaftsverhältnis bürgerlichen Rechts darstellen, sondern reine gegenseitige Verträge sind.

Die Richtigkeit juristicher Theorie erkennt man an ihren Früchten! Ziehen wir also die praktischen Folgerungen der beiden Theorien, wobei wir (im folgenden) die von uns bekämpfte Theorie der Literatur als die Theorie der „Doppel-Gesellschaft" der Kürze halber bezeichnen:

a) Wir halten den Sondervertrag zunächst in seinem ganzen Umfange (mit Hüttner a. a. O.) für einen Vorvertrag, in welchem sich die Vertragschließenden der G.m.b.H. gegenüber verpflichten, mit dieser Kaufverträge über Lieferung der kartellierten Ware abzuschließen.

b) Bestellt nun auf Grund dieses Vorvertrages die G.m.b.H. bei einem Kartellmitgliede für eine bestimmte Summe kartellierte Ware und wird diese von dem Kartellmitgliede geliefert, so halten wir das für einen reinen Kaufvertrag, auf den sämtliche Vorschriften des Kaufvertrages Anwendung finden. Das ist ohne Zweifel die natürliche Auffassung des Verkehrs und es sagt z. B. entsprechend § 3 des Vertrages des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats, daß das Syndikat den Besitzern gegenüber als Selbstkäufer auftrete. (Spiero S. 13. — über die neuere Fassung u. § 4,2) Die Theorie der Doppel-Gesellschaft lehnt die An-

nahme eines Kaufvertrages mit Bewußtsein ab, betrachtet vielmehr folgerichtig die Lieferungen der Kartellmitglieder als Erfüllung ihrer Gesellschafterverpflichtungen. Demnach haften die Mitglieder bei den Lieferungen nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (BGB § 708), ein in der Praxis der Kartelle ganz undurchführbar und dem wirklichen Leben fremder Satz. Folgerichtig spricht Staub II, 1 S. 63 weiter ausdrücklich aus, daß der G.m.b.H. die kaufmännische Rügepflicht des HGB § 377 nicht obliege. Hat also die G.m.b.H. bei dem Mitgliede X zwei Waggon kartellierte Ware bestellt, die üblicherweise (zur Ersparung von Frachtspesen und Umsatzsteuer) direkt von dem Mitgliede X an den Abnehmer der G.m.b.H. Y rollen und rügt Y gegenüber der G.m.b.H. einen Mangel der Ware, so braucht nach der Theorie der Doppel-Gesellschaft die G.m.b.H. diese Rüge dem Kartellmitglied X nicht unverzüglich weiterzugeben, da ja HGB § 377 keine Anwendung findet. Das gleiche gilt, wenn etwa die G.m.b.H. für ihr eigenes Lager Ware von dem Mitgliede X bezogen hat und ihrerseits die Ware mangelhaft befindet. Schon dieser eine Satz widerlegt die Theorie der Doppelgesellschaft: Es gibt bestimmt kein Kartell in Deutschland, in dem es die G. m. b. H. nicht in den geschilderten Fällen als ihre selbstverständliche Pflicht betrachtet, die Rüge sofort an das liefernde Kartellmitglied weiterzugeben oder demselben neu zu erstatten; andernfalls wird, dem Sinne des HGB § 377 entsprechend, das Kartellmitglied mit Recht einwenden, es sei ihm unmöglich gemacht worden, rechtzeitig den Zustand der bemängelten Ware festzustellen, insbesondere zu untersuchen, ob der Mangel nicht auf dem Transport eingetreten sei, und es lehne daher jede Haftung ab, Brodmann (S. 26) will folgerichtig Wandlung und Preisminderung im Verhältnis der G.m.b.H. zu den Syndikatsmitgliedern überhaupt ausschließen. Flechtheim (S. 39) bezeichnet es in derselben Richtung insbesondere als absurd, daß die G. m. b. H. Minderungsansprüche nach dem Rechte des Kaufs auch dann gegen das liefernde Syndikatsmitglied erheben könne, wenn sie die bemängelte Ware zum vollen Preis verkauft habe. Aber auch das ist in der Praxis der Syndikate alltäglich: Die G.m.b.H. hat z. B. bei dem Kartellmitgliede X zur Lieferung auf das eigene Lager der G.m.b.H. bestellt. Die Ware kommt mangelhaft an und wird gerügt. Die G.m.b.H. übernimmt die zur Verfügung gestellte Ware nur zu einem geminderten Preise. Die Preise steigen und ermöglichen es der G.m.b.H., die Ware noch über den ungeminderten Preis zu verkaufen. Sie denkt nicht daran, dem liefernden Mitglied in diesem Fall etwas zurückzuzahlen. —

Für das Vertragsrecht zwischen G.m.b.H. und Syndikatsmitglieder wenden wir natürlich bei gegenseitigem Verzuge BGB § 326 in vollem Umfange an, ebenso die Vorschriften über Unmöglichwerden der Lieferung. Die Theorie der Doppelgesellschaft wendet höchstens entsprechend an. Das Kündigungsrecht aus § 723 versagen wir, weil in der Praxis ein derartiges Kündigungsrecht ein Kartell unmöglich macht und, wie wir unten bei dieser Frage ausführen werden, dieses Kündigungsrecht dem Rechtsbewußtsein auch nicht entspricht. Stirbt ein Syndikatsmitglied oder gerät es in Konkurs, so müßte gemäß BGB §§ 727, 728 die Gesellschaft und damit das ganze Kartell nach der Theorie der Doppel-Gesellschaft aufgelöst werden. Die Theorie der Doppel-Gesellschaft hilft sich hier damit, daß sie als stillschweigend vereinbart ansieht, daß in diesen Fällen die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern weiterbesteht. Wir wenden im Falle des Konkurses eines Syndikatsmitgliedes die für den gegenseitigen Vertrag geltende Bestimmung von K. O. § 17 an, wonach der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages von der G.m.b.H. verlangen und den Vertrag selbst erfüllen kann. Auch das entspricht den Bedürfnissen des Geschäftslebens. Denn, wie Brodmann (S. 25) in diesem Punkte richtig hervorhebt, wird der Konkursverwalter oft ein Interesse daran haben, den Syndikatsvertrag für das im Konkurse befindliche Werk aufrecht zu erhalten, einmal, wenn er den Betrieb fortsetzen will, dann aber auch, sofern sich ein im Syndikat befindliches Werk leichter verkauft wie ein syndikatfreies Werk. Umgekehrt kann nach unserer Auffassung der Konkursverwalter gemäß § 17 K. O. auch erklären, daß er den Syndikatsvertrag nicht weiter erfüllen werde. Das Werk des Gemeinschuldners wird dann syndikatfrei. Nach der Theorie der Doppel-Gesellschaft wird das Werk nach § 728 BGB unter allen Umständen durch den Konkurs syndikatfrei, sodaß also das Syndikat auf einen Vorschlag des Gemeinschuldners, den Syndikatvertrag fortzusetzen, jedenfalls nicht einzugehen braucht. Endlich: Ist der Sondervertrag eines Kartellmitgliedes nichtig, z. B. infolge Formmangels, Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung, oder wird er nichtig infolge fristloser Kündigung nach § 8 der Kartellverordnung, so muß die Theorie der Doppel-Gesellschaft wieder als stillschweigend vereinbart ansehen, daß nach BGB § 736 die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbesteht. Wir vertreten: Es liegen einfache, gegenseitige Verträge der Syndikatsmitglieder mit der G.m.b.H. vor. In den Verträgen ist aber als ein Teil derselben bestimmt, daß die G.m.b.H. gleichlautende Verträge mit den übrigen Kartellmitgliedern abschließt. Ist also einer dieser Sonderverträge nichtig,

so ist nach § 139 BGB zu prüfen, ob dadurch die gesamten Sonderverträge nichtig werden, da ein vielleicht wesentlicher Teil eines jeden Sondervertrages hinfällig geworden ist.

4. (Ablehnung der Theorie der Doppel-Gesellschaft in juristischer Untersuchung.) Bestätigen also die praktischen Folgen der Theorie, daß allein unsere Auffassung der gegenseitigen Verträge brauchbar ist, so erweist auch die juristische Untersuchung das Gleiche. Beginnen wir mit der Urzelle aller Kartelle, der einfachen Preiskonvention. RG 53,19 entschied (am 6. 11. 1902) nach gemeinem Rechte folgenden Fall: A, B und C hatten einen Vertrag dahin geschlossen, daß sie sich verpflichteten, bei Vertragsstrafe bestimmte Mindestpreise einzuhalten. C verstieß gegen diese Verpflichtung. A verlangte von B, daß die Vertragsstrafe gegen C eingeklagt werde. B verhielt sich aber passiv. A trat nun von dem Vertrage zurück und klagte gegen C seinen Anteil an der Vertragsstrafe ein. Das Reichsgericht erklärte, es liege zwar kein eigentlicher Gesellschaftsvertrag vor, da es an einem Gesellschaftsvermögen fehle. Unbedenklich könne aber die Bestimmung des Gesellschaftsrechtes, daß eine Gesellschaft aus wichtigem Grunde, insbesondere wegen Vertragsverletzung eines Gesellschafters (jetzt BGB § 723 Abs. 2), aufgekündigt werden könne, auch auf diesen Fall angewendet werden, da es sich um ein gesellschaftsähnliches Verhältnis handle, und ebenso sei, da es an einem Gesellschaftsvermögen fehle, die Klage des A auf seinen Anteil an der Vertragsstrafe zuzulassen. Auch für das bürgerliche Recht hat im gleichen Falle eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. 7. 1912 (L.Z. 12 757) ausgesprochen, daß zwar eine eigentliche Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht vorliege, weil ein gemeinschaftliches Vermögen fehle, daß aber ein gesellschaftsähnliches Verhältnis gegeben sei, bei dem mangels eines Gesellschaftsvermögens jeder Gesellschafter berechtigt sei, die Vertragsstrafe anteilig zu fordern, (während bei der echten Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nur Leistung an die gesamte Hand des Gesellschaftsvermögens verlangt werden kann.) Der Auffassung des Reichsgerichts haben sich angeschlossen: Dernburg (Lehrbuch 2,2 § 355, Note 6), Staudinger (705 IV 2 h) der Kommentar von Reichsgerichtsräten (Vorm. vor § 705 Anm. 2 u.a.). Dagegen betrachten Rundstein (S. 19 ff.), Müller (S. 11 ff.), Oertmann (§ 705 Anm. 2), sich wenigstens hier unserer Auffassung nähernd, eine derartige einfache Preiskonvention als einfachen, unbenannten, gegenseitigen Vertrag, (mit

dem praktischen Ergebnis, daß ein Kündigungsrecht nach BGB § 723 aus wichtigem Grunde nicht besteht). Wir hätten also mit den vorgenannten Schriftstellern den vom Reichsgericht in seinen obigen beiden Entscheidungen beurteilten Fall dahin konstruiert: C hat dadurch, daß er die Preise nicht innehält, gegen seine Unterlassungspflicht verstoßen, ist also in Verzug geraten oder hat sich der positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht. Infolgedessen war A berechtigt, ihm und B gemäß BGB § 326 eine angemessene Frist zur Abstellung dieses Übelstandes und zur Ergreifung der vertragsmäßigen Mittel durch Einklagung der Vertragsstrafe zu setzen, und nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist vom Vertrage zurückzutreten und die Vertragsstrafe zu seinem Anteil selbst einzuklagen. Es ist von Interesse, daß dieser Gesichtspunkt selbst in der Entscheidung der oben angeführten RG 53,19 durchklingt: Auch in dieser Entscheidung legt das Reichsgericht Wert darauf, daß A den zweiten Vertragsteil, B, aufgefordert habe, mit der Vertragsstrafe gegen C vorzugehen, daß B sich aber ablehnend verhalten habe. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, daß das Reichsgericht, wenn ihm von den Parteien der Fall unter unserem Gesichtspunkt des § 326 unterbreitet worden wäre, seine Entscheidung mit uns auf diese Bestimmung gegründet, also von der Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses abgesehen hätte.

Ist es nun wirklich ein Gesellschaftsvertrag bürgerlichen Rechtes oder ein gesellschaftsähnliches Verhältnis wenn mehrere Geschäftsleute vereinbaren, bei Vertragsstrafe Mindestpreise innezuhalten? Die beiden oben genannten Entscheidungen des Reichsgerichts heben bereits hervor, daß es hier an einem Gesellschaftsvermögen fehlt, und das gibt selbst zu Flechtheim, der die Auffassung des Reichsgerichts teilt, (S. 145), daß unser Gesetz wenigstens davon ausgeht, daß eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes auch ein Gesellschaftsvermögen besitzt. Nun mag es richtig sein, daß das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens nicht zwingenden Rechts ist (vergl. RG in J. W. 12,74). Aber das meinen wir doch: Es müsse bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes wenigstens die Möglichkeit bestehen, daß es zu einem Gesellschaftsvermögen komme, oder die Probe auf diese Forderung gemacht: Wenn aus unserem obigen zur Untersuchung gestellten Fall Ansprüche aus Vertragsstrafen erwachsen, dann sollten doch wenigstens diese Ansprüche und das darauf Gezahlte Gesellschaftsvermögen, also Vermögen zur gesamten Hand werden, mit anderen Worten: Es sollte eine Klage nur dahin zugelassen sein, daß die Vertragsstrafe in das Vermögen zur gesamten

Hand der Gesellschaft gezahlt werde. In voller Übereinstimmung mit der Auffassung des Geschäftslebens lehnt aber das Reichsgericht diese Folgerung ab, spricht vielmehr jedem der Teilnehmer des Vertrages das Recht zu, auf seinen Anteil an der Vertragsstrafe an sich selbst zu klagen. Gerade darin finden wir bestätigt, daß es sich bei einer derartigen Preisvereinbarung nicht um ein gesellschaftsähnliches Verhältnis, sondern um einen einfachen, gegenseitigen, unbenannten Vertrag handelt. Silberberg (J.W. 11,144) hat die Anwendung der wichtigsten Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches auf diese „reinen Unterlassungskartelle" untersucht. Zwar spricht BGB § 241 Abs. 2 ausdrücklich aus, daß die Leistung eines schuldrechtlichen Verhältnisses auch in einem Unterlassen bestehen könne, und dem Wortlaute dieser Vorschrift nach könnte es also vertreten werden, daß die Beiträge, die BGB § 706 für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes fordert, auch in der Unterlassung bestehen könnte, Verträge mit geringeren als den vereinbarten Preisen abzuschließen. Aber schon § 708 BGB verpflichtet den Gesellschafter nur zu der Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten, und eine derartige Bestimmung auf die vor uns liegende einfache Preiskonvention und andere Kartelle anzuwenden, ist, wie oben schon erörtert, dem Verkehre fremd und unerträglich. Kein Kaufmann, der eine solche Verpfllichtung eingeht, denkt daran, seinem Vertragsgegner die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten nachzulassen. Er verlangt von ihm die im Geschäftsleben übliche Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns und ist sich bewußt, daß er auch seinerseits für diese Sorgfalt einzustehen hat (HGB § 347). Weiter: Für die Vorschriften des HGB § 709 über Geschäftsführung und Vertretuug ist keinerlei Raum. Mit dem Abschluß des Vertrages sind alle Verpflichtungen der Teilnehmer erschöpfend festgelegt. Daß § 727 und § 728 BGB (Auflösung der Gesellschaft durch den Tod oder Konkurs eines Gesellschafters) auf derartige Preiskonventionen nicht Anwendung finden können, ist allgemein anerkannt und man hilft sich damit, daß man als stillschweigend vereinbart ansieht, die Gesellschaft solle in diesen Fällen unter den übrigen Gesellschaftern weiter bestehen. Flechtheim (S. 146) macht darauf aufmerksam, daß diese Bestimmungen bei allen Kartellen nicht angewendet werden können, auch soweit sie „unzweifelhaft" echte Gesellschaften seien, nimmt damit aber als Beweis vorweg, was noch zu beweisen ist, daß nämlich die Kartelle in den anderen Rechtsformen wirklich Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sind. Das Ergebnis ist also: Von dem ganzen Gesellschaftsrecht

des Bürgerlichen Gesetzbuches paßt nur eine Bestimmung für derartige Preiskonventionen, nämlich die (nach der Ansicht der Vertreter dieser Meinung im Leben der Kartelle unentbehrliche) Kündigung des § 723 aus wichtigem Grunde.

Ist es nun zunächst juristisch wirklich berechtigt, aus einem Rechtsinstitute, nur einen solchen Satz auf ein anderes Rechtsverhältnis zu übertragen, und noch dazu die Kündigung aus wichtigem Grunde, die an jedes Rechtsinstitut die Gefahr der ständigen Aufkündigung legt? Mit Recht betrachtet die Wissenschaft das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde des § 723 und etwa auch die gleiche Bestimmung des Dienstvertrages (§ 626 BGB) als Sondervorschriften, die einer Ausdehnung nicht fähig sind, und lehnt daher eine Kündigung etwa des Miets-Vertrages aus wichtigem Grunde ab. Darf nun, um die Frage zu wiederholen, diese eine Bestimmung des Gesellschaftsrechtes auf Kartelle angewendet werden, obwohl unbestritten sämtliche übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes gerade für Kartelle nicht passen.

Besteht schon dieses Bedenken im stärksten Maße, so lehnen wir weiter zusammengefaßt die Anwendung der Vorschriften des BGB über die Gesellschaft auf Preiskonventionen und die ihnen ähnlichen Kartelle deshalb ab, weil Preiskonventionen und Kartelle in ihren Bestimmungen so einfach sind, daß sie für eine weitere gesellschaftsähnliche Betätigung ihrer Mitglieder gar keinen Raum lassen. Hat die uns hier interessierende G.m.b.H. Sonderverträge, die Kartellpflichten enthaltend, mit den Mitgliedern des Kartells abgeschlossen, so enthalten diese Sonderverträge nichts mehr, was eine gesellschaftsähnliche Betätigung der Mitglieder möglich machte. Soweit gesellschaftsähnliche Momente in dem genannten Vertragsverhältnis liegen, stecken sie in dem G.m.b.H.-Vertrag und regeln sich nach dessen Satzungen. In dem Sondervertrage ist vielfach schon von Anfang an unabänderlich verbrieft, aus welchen Personen die Preiskommission und gegebenen Falles der Beirat besteht, sodaß hier nicht einmal eine Wahl in der späteren Zeit in Frage kommt. Aber selbst wenn eine solche Wahl vorgesehen sein sollte, so ist dies bei langfristigen Lieferungsverträgen, denen die Kartellverträge ähnlich sind (sie nennen sich häufig selbst so), nichts Ungewöhnliches. Ebenso ist es nichts Ungewöhnliches, daß Preise bei derartigen langen Lieferungsverträgen nicht unabänderlich sind, sondern von der Bestimmung eines Dritten, hier der Preiskommssion, abhängen. Würde man die Sonderverträge in unserem Falle auch nur als gesellschaftsähnlich bezeichnen, so könnte man ferner doch die an sich aller-

dings dispositive Vorschrift des BGB § 716 nicht gut weginterpretieren, wonach ein Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich so eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen kann. Nun ist folgender Fall in der Praxis der Kartelle nicht selten: Ein Kartellmitglied hat gegen die Vertragsbestimmungen verstoßen. Es ist auf Grund des Sondervertrages eine Vertragsstrafe gegen ihn festgesetzt, diese, regelmäßig außerordentlich hoch, ist im Wege der Verhandlung ermäßigt. Ein anderes Mitglied des Kartells verlangt nun Auskunft über die Erledigung dieses Falles, und dieses Auskunftsrecht müßte ihm nach § 716 BGB zugesprochen werden, wenn wir die Sonderverträge als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (mit der in der Literatur herrschenden Meinung) betrachten. Die Praxis der Kartelle ist aber (und auch das ist vielfach eine Lebensfrage der Kartelle) anders: Sie betrachtet die Rechtsbeziehungen zwischen G.m.b.H. und den einzelnen Mitgliedern nur als Rechte der G.m.b.H. (nämlich aus gegenseitigen Verträgen), verweist also das Auskunft heischende Mitglied ausschließlich auf die G.m.b.H. mit ihrer sehr eingeschränkten Auskunftspflicht in der Gesellschafterversammlung.

Auch das kommt bei langen Lieferungsverträgen vor, daß, unter bestimmten Voraussetzungen, ein neuer Lieferant hinzutritt, und deshalb ändert auch die oben (§ 3,2) mitgeteilte Bestimmung der Sonderverträge, daß beim Einverständnis von ¾ Kartellmitglieder neue Mitglieder in den Kartellvertrag aufgenommen werden können, nichts an deren Natur als gegenseitiger Vertrag. Franz Klein (S. 61, 62) hat wohl Recht darin, wenn er sich mit dem lebhafteren Gefühl des Österreichers dagegen sträubt, Kartellverträge als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen. Er vermißt im Kartelle, wo Strafen, Zwangsmittel, Drohungen an der Tagesordnung seien, den demokratischen Gedanken der Gesellschaft, „die Gemütlichkeit, Freiwilligkeit und Kollegialität". Das ist, anders ausgedrückt, der gleiche Gedanke, den wir oben herauszuarbeiten versuchten: Hat die G.m.b.H. ihre Sonderverträge mit den Kartellmitgliedern abgeschlossen, so liegt ein fertiges, keiner Abänderung fähiges Rechtsgebilde vor, für das für irgendwelche Beschlüsse oder sonstige Einwirkungen der Gesellschaft, wie sie sonst das Wesen der Gesellschaft ausmachen, kein Raum mehr ist.

Aber die Lebensfrage der Kartelle, um deren Willen allein die ganze Untersuchung lohnt, ist und bleibt: Findet (abgesehen von dem bestimmt vorübergehenden, jetzt bestehenden Kün-

digungsrecht nach § 8 der Kartellverordnung) auf Kartelle die Bestimmung des § 723 BGB, also Kündigung aus wichtigem Grunde, Anwendung? Wir haben juristisch bereits darzulegen versucht, daß es nach unserer Ansicht nicht angeht, aus einem ganzen, im übrigen bestimmt nicht passenden Rechtsinstitut lediglich diesen einen Satz auf die Kartelle anzuwenden. Im übrigen aber wird kein praktischer Jurist verkennen, daß auch hier letzten Endes die Entschließung nicht in der Erwägung, sondern im Willen liegt. Daß ein unterdrücktes Rechtsbewußtsein sich zum Heile des gesamten Rechts im Willen durchsetzen wird, muß selbstverständlich für ein so neues und schwieriges Gebiet wie das der Kartelle im besonderen Maße gelten. Mit Recht sagt daher Reichsgerichtsrat Brodmann in seinem Kommentar der Reichsgerichtsräte zum G. m. b. H.-Gesetz § 3 S. 25 zu dieser Frage: „Man muß den Dingen ins Gesicht sehen, und dann gilt es nicht einen Schluß zu ziehen, sondern einen Entschluß zu fassen.“ Wie steht es also mit dem praktischen Bedürfnisse nach einer Kündigung der Kartelle aus wichtigem Grunde? Zunächst war schon vor dem Weltkriege anerkannt, daß bei derartigen, langlaufenden Verträgen die Anwendung nach Treu und Glauben gemäß BGB § 242 besonders stattfinden müsse, sodaß also hier ein Sicherheitsventil für alle berechtigten Ansprüche auf Ausscheiden aus dem Kartell eröffnet ist. Der Krieg hat dann, in gewissem Umfange, die Anerkennung der clausula rebus sic stantibus in der gleichen Richtung gebracht. Daß also ein Kartellmitglied bei wirklich dringendem Bedürfnisse nicht an einem Kartelle die wirtschaftliche Existenz verliert, steht außer Zweifel. Viel weittragender und gefährlicher für die Kartelle ist es aber, wenn eine Kündigung aus wichtigem Grunde im Gesetz ausgesprochen ist. Zunächst hat das Recht zu einer derartigen Kündigung im Rechtsbewußtsein der Beteiligten vor der Kartellverordnung nicht bestanden. Der Beweis ist, daß die in Kartellen lebenden Geschäftskreise, wie der Praktiker häufiger hört, es noch heute als unangemessen bezeichnen, das Kartellgericht anzurufen, selbst wenn sie der Meinung sind, es bestehe ein wichtiger Grund nach § 8 der neuen Kartellverordnung. Das ist der sichere und lebenswahre Instinkt der Geschäftswelt, ohne den kein Geschäftsleben bestehen kann, daß Verträge gehalten werden müssen. Es ist der Satz der alten Römer: „Pacta sunt observanda“, oder der moderne Satz einer kaufmännischen Auskunft: Der Gefragte gilt als Kaufmann, der seine Verpflichtungen zu erfüllen weiß.“ Wie hat nun weiter das Kündigungsrecht des § 8 der Kartellverordnung praktisch gewirkt? Auch darüber kann der Praktiker des Kartellrechts Auskunft

geben: Es kündigte z. B. ein Kartellmitglied, mit einer Strafe belegt, mit der Behauptung, es liege der wichtige Grund des § 8 der Kartellverordnung vor. Das Kartell erhob Einspruch beim Kartellgericht und das Kartellgericht erließ sogar gemäß § 35 der Verordnung über das Reichswirtschaftsgericht vom 21. 5. 1920 (abgedruckt bei Isay S. 419) die einstweilige Anordnung, daß das kündigende Kartellmitglied bis zur Entscheidung des Kartellgerichts die Kartellpflichten zu halten habe. Nach § 8 der Kartellverordnung wirkt nämlich die Kündigung (ein unerklärlicher Mangel der Kartellverordnung) sofort, sofern sie nur später vom Kartellgericht als berechtigt anerkannt wird. Da irgendwelche Strafmaßnahmen an diese einstweilige Anorduung nicht geknüpft sind, dachte das kündigende Kartellmitglied, vielleicht von seinem Rechte überzeugt, nicht daran, den Kartellpflichten bis zur Entscheidung des Kartellgerichts treu zu bleiben. Der Kündigung dieses einen Kartellmitgliedes folgten deshalb andere. Das Kartellgericht erklärte sämtliche Kündigungen für unberechtigt, aber den Schaden, den das Kartell dadurch erlitten hatte, daß bis zur Entscheidung des Kartellgerichts der Markt von den kündigenden Mitgliedern verdorben war, war derartig, daß sich das Kartell später auflöste. Kurze Zeit danach ging das Mitglied, das zuerst gekündigt hatte, und zwar nach Auflösung des Kartells, in Konkurs.

Juristisch lege man sich endlich die Frage, ob ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde für die Kartelle erträglich ist, noch nach folgender Richtung vor: Die G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Kartells soll den kartellierten Artikel ja verkaufen, soll insbesondere lange Lieferungsverträge, unzweifelhaft echte Kaufverträge, mit ihren Abnehmern abschließen. In diesen Lieferungsverträgen läßt sich natürlich eine Klausel, daß dieselben aus wichtigem Grunde gekündigt werden könnten, nicht aufnehmen. Die G.m.b.H. andererseits deckt sich für diese Abschlüsse bei ihren Kartellmitgliedern ein. Diese sollen nach der von uns bekämpften Theorie der Doppel-Gesellschaft nun das Recht haben, ihre Verpflichtungen aus wichtigem Grunde aufzukündigen! Würde das (es ist glücklicherweise nicht bekannt) in den Verkehrskreisen allgemeiner bekannt sein, so würde es genügen, daß kein Kaufmann mehr mit der Kartell-G. m. b. H. längere Verträge abschließen würde. Der Verkehr bedarf eben, und zwar je mehr, je größer er ist, einfacher und sicherer Rechtsformen, und deshalb hat der „rechtsschöpferische Geist ersten Ranges“ (Rudolf Isay S. 21), der zur Lösung der Aufgabe eines Kartells die uns hier interessierende G. m. b. H. mit ihren formlosen Sonderverträgen erfunden hat, eben diese einfache und bei natür-

licher Betrachtung keinen Zweifel lassende Form erfunden: Eine nach menschlichem Ermessen unantastbare G. m. b. H., die einfache, lieferungsähnliche Verträge mit ihren Mitgliedern abschließt. Man sollte in diese einfache Form keinen Zweifel bringen.

Und welche gequälten Konstruktionen muß endlich die Theorie der Doppel-Gesellschaft wählen, um die Stellung der G. m. b. H. in dieser Doppel-Gesellschaft juristisch zu kennzeichnen! Flechtheim (S. 33) bezeichnet die G. m. b. H. als Mitgesellschafterin, allerdings eine Mitgesellschafterin mit besonderen Aufgaben. Hätte also (oben § 1,3) das Kartellgericht an seiner ursprünglichen Auffassung festgehalten, daß Kartellverträge der strengen Schriftform bedürfen, so müssen in allen Fällen, insbesondere bei Abänderungen und Verlängerungen der Sonderverträge, auch die G.m.b.H. auf der Vertragsurkunde mit unterschreiben. Geiler (in Düringen-Hachenburg S. 315) lehnt die Annahme, die G. m. b. H. sei eine Gesellschafterin des bürgerliches Rechts, entschieden ab und hält sie für eine von den Mitgliedern des Syndikats geschaffene, außerhalb der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stehende geschäftsführende Person. — Spiero (S. 33) gewährt folgerichtig in einem Falle, wo die Kartell-Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ihre Produkte nicht durch eine G.m b.H., sondern etwa durch einen Bankier verkaufen läßt, den Mitgliedern des Kartells im Konkurse dieses Bankiers sogar ein Aussonderungsrecht an dem Gesellschaftsvermögen, da der Bankier nur treuhänderisches Eigentum an diesen Vermögenswerten habe und RG 79,121 ja das Aussonderungsrecht des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars anerkennt. Nun ist grundsätzlich kein Unterschied, ob die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes durch eine G.m.b.H. oder durch einen Bankier verkaufen läßt. Folgerichtig müßten also in einem Konkurse der Kartell-G. m. b. H. die Kartellmitglieder das dem Kartellzweck dienende Vermögen aussondern können! Alle die Gläubiger der G.m.b.H. aus der übrigen Geschäftstätigkeit der G.m.b.H., deren Zahl bei einer Kartell-G. m. b. H. eine große ist (Abnehmer, Angestellte, Grundstück-Interessenten), hätten also das Nachsehen und sähen sich plötzlich statt einer von ihnen als verkehrsfähig angesehenen G.m.b.H. mit Gesellschaftsvermögen einer treuhänderischen G. m. b. H. ohne eigenes Vermögen gegenüber! — Ist das haltbar? Würden, um es zu wiederholen, derartige Erwägungen in der Geschäftswelt auch nur bekannt sein, so würde dies genügen, um der geschäftlichen Tätigkeit der G. m. b. H., die Hauptzweck des Kartells ist, einen dauernden Riegel vorzuschieben.

Wir glauben also, juristisch und praktisch das allein haltbare Ergebnis zu gewinnen:

a) Ein Vertrag mit einfacher Preisberedung (reine Preiskonvention) ist keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, auch nicht ein gesellschaftsähnlicher Vertrag, sondern ein einfacher, unbenannter, gegenseitiger Vertrag, auf den insbesondere das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde des § 723 nicht Anwendung findet.

b) die Sonderverträge, welche, die Kartellpflichten enthaltend, eine G. m. b. H. mit den Kartellmitgliedrn abschließt, sind auch nichts weiter als derartige einfache, unbenannte, gegenseitige Verträge, sodaß auch hier, wie RG 74,34 hervorhebt, eine Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß BGB § 723 nicht statt hat.

5.) (Wir folgern aus unserer Anschauung.)

a) Kartellvertrag, der nach § 8 der Kartellverordnung der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde unterliegt, ist nach unserer Ansicht nur der Vorvertrag, den die Kartellmitglieder mit der G.m.b H. abschließen. Hat also die G.m.b.H. auf Grund dieses Vorvertrages einen vielleicht größeren und länger laufenden Kaufvertrag mit einem Kartellmitglied getätigt und hat dieses Kartellmitglied mit Erfolg gemäß § 8 Kartellverordnung gekündigt, so wird der abgeschlossene Kaufvertrag, der ja nach unserer Lehre nichts als ein reiner Kaufvertrag ist, von dieser Kündigung nicht berührt. Vom Standpunkte der Theorie der Doppel-Gesellschaft ist, wie diese Theorie ja bewußt ausspricht (§ 3,4), der von uns „Kaufvertrag" genannte Vertrag kein Kaufvertrag, sondern Teil des Gesellschaftsvertrages. Das Mitglied des Kartells liefert nicht auf Grund des Kaufvertrages, sondern auf Grund des Gesellschaftsvertrages. Demnach müßte folgerichtig, und diese Folgerung scheint tatsächlich von den Verfechtern der Theorie der Doppel-Gesellschaft gezogen zu werden (Isay S. 275), die fristlose Kündigung des § 8 Kartellverordnung auch diesen, von uns Kaufvertrag genannten Vertrag zum Erlöschen bringen. Diese Folgerung ist aber so unerträglich, daß selbst Isay, im übrigen Anhänger der Theorie der Doppel-Gesellschaft, sie als unmöglich bezeichnet und verwirft. Mit Recht macht er (a. a. O.) darauf aufmerksam, daß die G.m.b.H. im Regelfalle ihrerseits bereits die Ware bestelli und ohne Vorbehalt der fristlosen Kündigung an ihre Abnehmer verkauft habe, und daß es deshalb nicht angehe, die G.m.b.H. mit ihrem Deckungsgeschäft bei ihren Lieferanten im Stiche zu lassen. Auch in dieser, höchst praktischen Folgerung muß also die Theorie der Doppel-Ge-

sellschaft wieder ausgeschaltet werden, — ein weiterer Beweis, wie uns scheint, daß sie grundsätzlich unrichtig ist.

b) Nach § 9 der Kartellverordnug dürfen auf Grund von Kartellverträgen ohne Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts Sicherheiten nicht verwertet werden. Kartelle, in unserem Beispiel die Kartell-G.m.b.H., lassen sich nun zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen ihre Mitglieder, insbesondere auf festgesetzte Vertragsstrafen, regelmäßig irgendwelche Werte, z. B. Wertpapiere in Pfand geben oder zur Sicherheit übereignen. Noch häufiger und ganz regelmäßig ist die Hingabe von Wechseln, die die G.m.b.H. bei einem Verstoße irgendeines Mitgliedes gegen die Kartellverpflichtung diskontiert und dadurch gegenüber dem neuen Erwerber die Einwendung abschneidet, das Kartellmitglied habe nicht die Kartellpflichten verletzt. Um einen Mißbrauch dieser Kartellmacht zu verhüten, verlangt das Gesetz a. a. O. die Zustimmung des Vorsitzenden des Kartellgerichts zu einer derartigen Verwertung der Sicherheit. Nun kommt bei der uns hier interessierenden G. m. b. H. mit Sonderverträgen der Kartellmitglieder regelmäßig folgender Fall vor: das Kartellmitglied hat auf Grund der von uns als reine Kaufverträge bezeichneten Verträge an die G. m. b. H. geliefert und hat, da es üblicherweise Bezahlung etwa nach 3 Monaten erhält, gegen die G. m. b. H. eine Forde- derung auf Bezahlung des Gegenwertes. Setzt nun die G m. b. H. gegen das Kartellmitglied wegen Verstoß gegen den Kartellvertrag eine Vertragsstrafe fest, so rechnet die G. m. b. H. gegenüber dem Mitgliede mit seiner Forderung aus der Vertragsstrafe gegen die Forderung des Mitgliedes auf den Gegenwert der Ware auf oder die G. m. b. H. hält die Bezahlung des Gegenwertes zurück, bis das Kartellmitglied die Vertragsstrafe bezahlt.

Die Literatur ist im allgemeinen bereits einig darüber, daß für diesen Fall die Bestimmung des § 9 der Kartellverordnung nicht zutrifft, daß also zu einer derartigen Aufrechnung oder zu einem solchen Zurückbehaltungsrecht die Zustimmung des Vorsitzenden des Kartellgerichts nicht erforderlich ist; denn einmal liegt im Begriff der „Sicherheit", daß sie als solche bestellt sein muß, also als Pfand, Sicherungsübereignung, Hingabe von Wechseln u. dgl., und es sehen wohl auch sämtliche Kartellverträge, auch in der Form der G. m. b. H. mit Sonderverträgen, noch derartige besondere Sicherheiten vor. Ferner hebt aber Isay (S. 294) mit Recht hervor, daß § 9 Kartellverordnung nicht die Stellung von Kautionen der Kartellmitglieder treffe, sofern diese Kautionen in das Eigentum der G. m. b. H. übergehen. Auch hier rechnet dann die G. m. b. H. mit

ihrem Anspruche auf Vertragsstrafe gegen den Rückforderungsanspruch des Kartellmitgliedes auf die Kaution auf, und Isay lehrt mit Recht, daß es nicht Aufgabe des Kartellgerichts sein kann, die Erhebung der Aufrechnungseinrede einer Vorprüfung zu unterziehen.

Für uns tritt bestärkend zu dieser Auffassung noch hinzu, daß es sich bei den Ansprüchen der Kartellmitglieder gegen die G. m. b. H. um Ansprüche aus reinem Kaufvertrag handelt, die mit dem Kartellvertrage selbst, nach unserer Ansicht nur der Vorvertrag, nichts mehr zu tun haben.

§ 4.

Kartelle in der Form der G.m.b.H. (oder Aktiengesellschaft) mit einem Sondervertrage, die Kartellpflichten enthaltend, der äußerlich einem Gesellschaftsvertrage ähnlicher ist.

Ist auch hier der Kartellvertrag, entgegen RG v. 4. 1. 05 (in RG 74,34) ein unbenannter, gegenseitiger Vertrag?

1. (Die Aufgabe) ist: RG 74, 34 hatte den von uns bisher (im § 3) erörterten Fall einer G. m. b. H. mit mehreren formlosen Sonderverträgen mit ihren einzelnen Gesellschaftern (entsprechend unserer Auffassung) als den Abschluß reiner, gegenseitiger Verträge der G. m. b. H. mit den Mitgliedern des Kartells betrachtet und daher das Kündigungsrecht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes aus § 723 (wichtiger Grund) versagt. In dieser Reichsgerichtsentscheidung ist nun eine ungedruckte Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 1. 05 in Sachen Nordwestdeutsches-Portland-Syndikat angezogen. Hier hatte das höchste Gericht den gleichfalls formlosen, zwischen A.G. und den Mitgliedern abgeschlossenen Vertrag dahin ausgelegt, daß er, in einer Urkunde stehend, einen Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechtes darstelle, und hatte daher die fristlose Aufkündigung nach BGB § 723 zugelassen.

Bei den formlosen Sonderverträgen, die wir oben in § 3 unserer Untersuchung (§ 3,3) mit dem Reichsgericht 74,34 als reine, gegenseitige Verträge unbenannter Art bezeichnet

hatten, war, um dies hier nachzutragen, eine Abänderung des Vertragsinhaltes nach Abschluß der Verträge nur in drei Fällen möglich, (wie dies ein gerade dem Verfasser vorliegender Entwurf eines derartigen Vertrages für ein großes Syndikat bestätigt):

a) Die Syndikatsmitglieder hatten, wenn der Sondervertrag die Personen der Preiskommission und des Beirats nicht von Anfang an unabänderlich festlegte, infolge besonderer Bestimmung des Sondervertrages das Recht, etwa alljährlich diese Mitglieder neu zu wählen.

b) Ebenso war die G.m.b.H. berechtigt, mit etwa neu beitretenden Fabrikanten des kartellierten Artikels neue gleichlautende Sonderverträge unter entsprechender Ermäßigung der Quoten der bisherigen Kartellmitglieder abzuschließen, wenn $^3/_4$ der Kartellmitglieder zustimmten;

c) endlich ist regelmäßig bestimmt, daß, falls in einem Jahre nicht ein gewisser Mindest-Umsatz erreicht wird, die Syndikatsmitglieder das Recht haben, mit einem erschwerten Beschlusse, etwa $^3/_4$ Mehrheit sämtlicher Quoten, die Sonderverträge schon vor ihrem in dem Vertrage vorgesehenen Ablaufe für beendet zu erklären.

Wir hatten in diesen Bestimmungen (mit RG 74,34) keine Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses gesehen, die es zu einem Gesellschaftsvertrage nach bürgerlichem Rechte machten. Wir hatten darauf hingewiesen, daß es für lange Lieferungsverträge und den ihnen ähnlichen Sonderverträgen mit Kartellpflichten üblich und notwendig ist, eine wechselnde Gestaltung in einer natürlich von vornherein durch den Vertrag festgelegten Weise vorzusehen.

Die Preiskommission setzt nun nicht nur die Preise fest, zu welchen die Syndikatsmitglieder an die G.m.b.H. liefern müssen — (die Praxis der Kartelle nennt diese Preise Verrechnungs-Preise, wohl deshalb, weil sie dem Syndikatmitgliede auf seine Quote angerechnet werden und im Wege statistischer Buchführung ermittelt wird, ob das Syndikatmitglied seine Quote erreicht hat), die Preiskommission bestimmt vielmehr auch die Preise, zu welchen die G.m.b.H. ihrerseits an ihre Abnehmer verkaufen soll. Das ist eine Eigentümlichkeit dieser G.m.b.H.: während der Regel nach eine G.m.b.H. die Preise durch ihre Geschäftsführer bestimmt, die sich von der Erwägung leiten lassen müssen, möglichst gute Preise zu erzielen, damit die G.m.b.H. Gewinn macht, sind hier die Geschäftsführer der G.m.b.H. durch die Sonderverträge mit ihren Lieferanten verpflichtet, zu Preisen zu verkaufen, die diese durch ihre Preiskommission festsetzen. Das hat

steuerlich die Bedeutung, daß die G.m.b.H. als Angestellter der Syndikatsmitglieder behandelt wird, und der Reichsfinanzhof zieht daraus wichtige, steuerliche Folgerungen. (u. § 7). Juristisch ändert es nichts daran, daß die Sonderverträge zwischen G.m.b.H. und Kartellmitgliedern reine, gegenseitige Verträge unbenannter Art sind.

Da endlich die von der Preiskommission festgesetzten Verkaufspreise der G.m.b.H. regelmäßig höher sind, als die Einkaufspreise der G.m.b.H. bei ihren Syndikatsmitgliedern, den oben erwähnten Verrechnungspreisen, bleibt der G.m.b.H. eine Spanne zwischen Einkaufspreisen und Verkaufspreisen, aus der sie ihre Unkosten bestreitet. Daraus ergibt sich, wie bereits oben (§ 3,1) erwähnt, daß die G.m.b.H. bei dieser Gestaltung der Dinge Gewinn machen kann. Noch mehr besteht diese Möglichkeit, wenn die G.m.b.H. (oben § 3,1) eigene Läger hat, für welche sie in der Zeit niedriger Einkaufspreise bei ihren Syndikatsmitgliedern billig einkaufen und bei gestiegenen Verkaufspreisen mit Gewinn verkaufen kann. Ueber die Verteilung dieses bei der G.m.b.H. aufgelaufenen Gewinnes entscheidet nach dem Gesetze die Gesellschafterversammlung in der in der Satzung der Gesellschaft vorgesehenen Weise.

2. (G. m. b. H. oder Aktiengesellschaft als Kartelle mit einem äußerlich einem Gesellschaftsvertrage ähnlicheren Sondervertrage). Für diesen Typ der Kartelle, für welchen, wie erwähnt, die oben mitgeteilte Reichsgerichts-Entscheidung vom 1. 4. 1905 den Sondervertrag als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechtes mit Kündigungsrecht aus BGB § 723 betrachtet, ist ein Beispiel der Sondervertrag, den die Rheinisch-Westfälische Kohlen-Syndikat A.G. mit ihren Syndikatsmitgliedern abgeschlossen hat, abgedruckt in seiner älteren Fassung vom 15. 9. bezw. 1. 10. 03 bei Flechtheim S. 154 und in seiner neuesten Fassung vom 25. 3. bezw. 22. 4. 22 ebenda S. 324. Während die von uns bisher behandelten Sonderverträge der G.m.b.H. (oder Aktiengesellschaft) mit den Syndikatsmitgliedern äußerlich so gefaßt waren, als würden sie mit jedem einzelnen Syndikatsmitgliede abgeschlossen, also auf verschiedenen Urkunden stehen (wenn auch in praxi die Syndikatsmitglieder meistens auf derselben Urkunde unterschreiben), liegt hier auch äußerlich nur ein Sondervertrag, also eine Urkunde vor, die, sowohl in der alten wie in der neuen Fassung des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats in ihrem sachlichen Teile mit den Worten beginnt:

„Die unterzeichneten Zechenbesitzer verpflichten sich untereinander und der Aktiengesellschaft „Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikat“ gegenüber, zu Versammlungen zusammenzutreten und sich, in den vertraglich und in den Ausführungsbedingungen vorgesehenen Fällen, den Beschlüssen dieser Versammlungen sowie den Entscheidungen der Organe der Vereinigung zu unterwerfen.“

„Die Organe der Vereinigung sind:

a) die Versammlung der Mitglieder,

b) die ständigen Ausschüsse,

c) die Geschäftsführung.“

Die Fassung „die Zechenbesitzer verpflichten sich untereinander und der Aktiengesellschaft Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikat gegenüber“ soll offenbar bewußt zum Ausdruck bringen, daß, entsprechend der in der Literatur herrschend gewordenen Theorie der Doppel-Gesellschaft (oben § 3,1) der Sondervertrag als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechtes beabsichtigt ist.

Entsprechend bestimmt § 5 Ziffer 1 des Nebenvertrages (Flechtheim S. 329):

„Die Mitglieder überlassen ihre gesamten Erzeugnisse an Steinkohlen, Steinkohlenkoks und Steinkohlenbriketts der Aktiengesellschaft „Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikat“, welche die Verpflichtung des Vertriebs dieser sämtlichen Erzeugnisse nach den Bestimmungen des Vertrages übernimmt.“

In dem älteren Vertrage vom 15. 9. bezw. 1. 10. 03 lautete diese Bestimmung noch entsprechend unserer juristischen Auffassung des Vertrages (Flechtheim S. 156):

„Die unterzeichneten Zechenbesitzer verkaufen ihre gesamten Produkte an Steinkohlen, Koks und Briketts dem „Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikat“, welches dadurch die Verpflichtung der Abnehmer und des Weiterverkaufs dieser sämtlichen Produkte nach Maßgabe der festgelegten Bestimmung übernimmt.“

Die neue, oben mitgeteilte Fassung vermeidet es also, die Leistungen der Syndikatsmitglieder als Verkäufe zu bezeichnen; sie möchte dieselben offenbar auch als Verpflichtungen aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrachtet wissen und spricht daher von einem „überlassen“. Wir halten (vielleicht interessiert diese Bemerkung eines Wirtschaftsjuristen) die neuere Fassung, die ja sachlich nichts Neues bringt, für wenig glücklich. Nicht selbständig denkende Wirtschaftsführer nehmen etwas derartiges zum Anlaß, die Rechtswissenschaft als eine Geheimwissenschaft zu betrachten, und entziehen ihr, ein viel beklagter Uebelstand, ihre praktischen Erfahrungen. Selbständig Denkende sind geneigt,

die Juristen, die solche verkünstelten Verträge aufstellen, als unbrauchbare Menschen zu bezeichnen.

Der Sondervertrag des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats bestimmt weiter in § 38 (Flechtheim S. 343):

„Sollte während der vorgesehenen Dauer dieses Vertrages über das Vermögen eines der Mitglieder das Konkursverfahren eröffnet werden, oder sollte ein Mitglied einen Grund zur vorzeitigen Kündigung dieses Vertrages mit Erfolg geltend machen, so sollen für alle übrigen Mitglieder sämtliche Bestimmungen dieses Vertrages nach wie vor Geltung behalten.“

Auch hiermit will offentsichtlich der Sondervertrag die Bestimmungen des § 727 und § 728 des BGB ausschließen, wonach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den Tod eines Gesellschafters oder durch Konkurs desselben aufgelöst wird, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

Nach § 29 des Sondervertrages (Flechtheim S. 340) muß nun interessanterweise die Aktiengesellschaft „Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikat“ im Gegensatz zu unserer Darstellung oben § 3,1 den gesamten Ueberpreis, den sie über ihre „Verrechnungspreise“, also ihre Einkaufspreise bei den Syndikatsmitgliedern, erzielt, diesen Syndikatsmitgliedern abführen, so daß ihr nach dieser Richtung keinerlei Deckung für die Unkosten ihrer Geschäftsführung bleibt. Für diese Unkosten sind nach § 29 Abs. 2 a. O. zunächst andere Einnahmen bestimmt, die die Aktiengesellschaft zieht, z. B. aus eigenen Lägern, falls solche vorhanden sind. Sofern diese Einnahmen zur Deckung der Unkosten nicht ausreichen, erhält die Aktiengesellschaft von den Syndikatsmitgliedern eine Abgabe in Gestalt einer gleichmäßigen Tonnen-Umlage. Ergibt sich aber beim Jahresschluß, daß höhere Umlagen erhoben worden sind, als zur Deckung der Unkosten der Aktiengesellschaft erforderlich war, so ist der Mehrbetrag den Mitgliedern des Syndikats wieder zurückzuzahlen (§ 30 Abs. 5, Flechtheim S. 341). Die Aktiengesellschaft kann also einen Gewinn überhaupt nicht machen und das ist es, was (mit anderen Besonderheiten) Brodmann in seinem Kommentar der Reichsgerichtsräte zum G.m.b.H.-Gesetz S. 24 Anm. 8 dazu bestimmt, auf eine, als Verkaufsstelle eines Kartells dienende G.m.b.H. in vielen Beziehungen andere Regeln anzuwenden, als für die regelmäßige G.m.b.H. gelten. Er hebt mit einigem Rechte hervor, daß die G.m.b.H. (entsprechendes gilt natürlich für die Aktiengesellschaft) als kapitalistische Erwerbsgesellschaft ausgestattet ist, also als eine Gesellschaft, die Gewinn machen soll. Das Beispiel des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats beweist, daß diese als Verkaufs-

stelle dienende Aktiengesellschaft einen Gewinn nicht einmal zu machen vermag. Brodmann weist ferner a. a. O. noch mit Recht darauf hin, daß das Stammkapital bei der G.m.b.H. (oder Aktiengesellschaft), die als Verkaufsstellen von Kartellen dienen, regelmäßig in keinem Verhältnis zum Umsatz stehen: eine solche Gesellschaft, die jährlich vielleicht 60 Millionen Mark umsetzt, hat etwa ein Stammkapital von 300000 Mark oder weniger.

Juristisch werden diese wirtschaftlichen Tatsachen für uns erheblich werden, wenn wir (u. § 5,1) das Syndikat in der Rechtsform der Nebenleistungs-G. m. b. H. (gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz) untersuchen. Hier haben wir zunächst nur zu prüfen, ob wir, unter Berücksichtigung aller vorgeschilderten Abweichungen, mit der in RG 74,34 angeführten, ungedruckten Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 1. 05, einen Sondervertrag nach der Art des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats anders behandeln dürfen, als den von uns oben in § 2 untersuchten Fall der G.m.b.H. mit Sonderverträgen wirtschaftlich doch gleichen Inhalts, wo nur, wenn der Unterschied ganz deutlich gemacht ist, die Nebenverträge nicht in einer, sondern mehreren Urkunden stecken.

3. (Rechtliche Würdigung der hier behandelten Kartellform). Die Antwort auf die uns gestellte Frage ist kurz: Die gesamte Literatur ist, hier mit Recht, darin einig, daß die beiden Typen der Kartellverträge nicht, wie das Reichsgericht 74,34 annimmt, verschieden behandelt werden können: Ist der oben mitgeteilte Sondervertrag des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dann sind auch die vom RG 74,34 behandelten Sonderverträge mit den Kartellpflichten, wie wir sie oben in § 2 untersuchten, Gesellschaft bürgerlichen Rechtes (Brodmann a. O. S. 26, Flechtheim S. 285, Staub-Hachenburg S. 167 Anm. 4). Denn sachlich weichen ja, wie betont, diese Vertragsformen nicht von einander ab. Ob im Anfange der Vertragsurkunde des Sondervertrages die Worte gewählt werden:

„Die Syndikatsmitglieder verpflichten sich untereinander und der G.m.b.H. gegenüber",

oder ob es in den Sonderverträgen der anderen Form heißt:

„Die G.m.b.H. verpflichtet sich, mit folgenden Fabrikanten Verträge gleichen Wortlautes mit folgender Quote abzuschließen",

kann unmöglich einen rechtlichen Unterschied machen. Daraus folgt aber: haben wir Recht mit dem Nachweise, den wir oben (§ 3,3) zu führen versuchten, daß die dort geschilderten Sonderverträge, die jede gesellschaftsähnliche Einkleidung vermieden, keine Gesellschaftsverträge bürgerlichen Rechtes sind, sondern einfache, unbenannte,

gegenseitige Verträge (ohne das Kündigungsrecht des BGB § 723), dann sind auch die in ihren äußeren Formen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes angeähnelten Verträge vom Typ des Rhein.-Westf. Kohlen-Syndikats keine Gesellschaftsverträge bürgerlichen Rechts. Denn die Gründe, die gegen diese Annahme sprechen, und die wir hier nicht zu wiederholen brauchen, insbesondere die von uns nachgewiesene praktische Unmöglichkeit, die Vorschriften der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auf diese Rechtsgebilde anzuwenden, gelten für die eine wie die andere Form.

§ 5.

Kartelle in der Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. Kartelle in der Form der Nebenleistungs-Aktiengesellschaft.

Darf auch hier der Kartellvertrag als gegenseitiger Vertrag unbenannter Art aufgefaßt werden?

1. (Stand der Streitfrage). Es handelt sich um folgende Art eines Kartellvertrages: Sämtliche Kartellverpflichtungen, also die Verpflichtung, Verkäufe außerhalb des Kartells zu unterlassen und nur durch das Kartell zu verkaufen, die wir bisher (oben § 3, § 4) in einem oder mehreren Sonderverträgen kennen gelernt haben, sind gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz in den G.m.b.H.-Vertrag hineingearbeitet, da § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz es zuläßt, den Gesellschaftern außer der Verpflichtung, eine Stammeinlage zu leisten, noch Verpflichtungen anderer Art aufzuerlegen. Es besteht also juristisch nur eine Urkunde. Beispiele sind: der Gesellschaftsvertrag der Württembergischen Geschäftsstelle für Dachziegel-G. m. b. H., der Verkaufsvereinigung bayr. Kalkwerke, des Verbandes deutscher Druckfabriken G. m. b. H. (Denkschrift Anl. K 5, L 16, H 1). Selbstverständlich bestehen juristisch auch keine Bedenken, den G.m.b.H.-Vertrag äußerlich in zwei Urkunden zu zerlegen, indem z. B. die besonderen Lieferungspflichten in einem Anhange zum G.m.b.H.-Vertrag niedergelegt werden. Nur ist dieser Anhang dann auch ein Teil des Gesellschaftsvertrages der G.m.b.H., bedarf also auch der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und der Eintragung im Handelsregister. Ein

Beispiel hierfür ist der bei Flechtheim S. 180 abgedruckte Gesellschaftsvertrag des Braunkohlen-Brikett-Verkaufsvereins Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier ist zunächst in einem „Satzungen" überschriebenen, notariell beurkundeten Vertrage neben der Firma und dem Sitze der Gesellschaft bestimmt, daß die Dauer der Gesellschaft auf elf Jahre festgesetzt ist, mit von selbst eintretendem Fortlauf, wenn nicht binnen bestimmter Frist gekündigt wird. In § 2 wird der Zweck der Gesellschaft dahin angegeben:

„Die Gesellschaft bezweckt, 1. die sämtlichen in den Brikettwerken ihrer Mitglieder erzeugten Braunkohlen-Briketts anzukaufen und für Gesellschaftsrechnung weiter zu veräußern . . .".

In § 7 ist unter „Rechte und Pflichten der Gesellschafter" weiter gesagt:

„Vom 1. April 1904 ab sind die Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft verpflichtet, die sämtlichen von ihnen gemäß der im § 5 festgelegten Beteiligung erzeugten Briketts der Gesellschaft unter den Bedingungen des den gegenwärtigen Satzungen als Bestandteil derselben angehängten Kauf- und Lieferungsvertrages zur Weiterveräußerung abzutreten."

Dieser Satzung ist dann nachgefügt der eben erwähnte „Kauf- und Lieferungsvertrag", der in dem oben mitgeteilten § 7 als Bestandteil der Satzungen bezeichnet ist und demnach gleichfalls in notarieller Beurkundung vorliegt (Flechtheim S. 78).

Es ist nun zunächst von Interesse, daß dieser angehängte „Kauf- und Lieferungsvertrag" mit dieser Ueberschrift in unbefangener Weise die Verpflichtungen der Gesellschaftsmitglieder dahin bezeichnet, wie wir sie juristisch auffassen, nämlich als reine, gegenseitige, unbenannte Kauf- und Lieferungsverträge. Weiter ist von größtem Interesse der § 13 der Satzungen, also des Gesellschaftsvertrages der G.m.b.H.:

„Aenderungen dieses Gesellschaftsvertrages können nur durch Beschluß der Versammlung der Gesellschafter mit einer Majorität von dreiviertel der Stimmen sämtlicher Gesellschafter beschlossen werden, dagegen dürfen nicht oder nur einstimmig abgeändert werden § 1, § 5, § 7 und § 10 Abs. 6."

Bei unserer Vermutung, auch bei den Kartellen in Form der oben geschilderten Nebenleistungs-G.m.b.H. stelle der Kartellvertrag, genau wie bei allen anderen Kartellformen, einen gegenseitigen, unbenannten, nicht einen Teil des G.m.b.H.-Vertrages bildenden, rein schuldrechtlichen Vertrag dar, störte uns zunächst folgendes Bedenken: Wenn die Kartellpflichten in der oben

geschilderten Weise als Nebenleistung in den G.m.b.H.-Vertrag hineingearbeitet waren, dann mußte für die Abänderung dieser Kartellpflichten, insbesondere für die Beendigung derselben, das Recht der G.m.b.H. gelten, also regelmäßig Abänderung und Beendigung durch Gesellschafterbeschluß mit dreiviertel Stimmen-Mehrheit. Nun stehen ja an sich auch bei einer Mehrheit von gegenseitigen, in sich verbundenen Verträgen keine Bedenken entgegen, daß die Vertragschließenden die Beendigung dieser Verträge unter der Bedingung einer solchen Mehrheit eintreten lassen. Aber wir wußten aus unserer wirtschaftlichen Erfahrung, daß dies bei einem Kartellvertrag, der die Ablieferung der Produktion der Mitglieder an eine Verkaufsstelle vorsieht, nicht möglich ist. Wird ein solcher, tief in die wirtschaftliche Stellung seiner Mitglieder eingreifende Vertrag abgeschlossen, so müssen sich die Mitglieder, schon z. B. in Richtung Ankündigung ihrer Vertreterorganisationen, darauf einrichten, daß, eben während der im Vertrage vorgesehenen Zeit, ein Verkauf ihrerseits ausgeschaltet wird. Deshalb ist es wirtschaftlich unerträglich, daß die Vertragszeit des Kartells durch einen Mehrheitsbeschluß abgekürzt werden kann. Zu unserer Ueberraschung fanden wir nun in dem oben mitgeteilten Vertrage des Braunkohlen-Brikett-Verkaufsvereins G.m.b.H., daß tatsächlich durch den oben angeführten § 13 der Satzung der G.m.b.H. die Verpflichtungen des § 1, § 5 und des § 7 gar nicht, oder nur einstimmig abgeändert werden können. Das sind aber gerade die Kartellpflichten. Auch in diesem Kartell-Nebenleistungs-G.m.b.H.-Vertrag hat man also ausdrücklich dafür gesorgt, daß der eigentliche Kartellvertrag, der Kauf- und Lieferungsvertrag, in seinen wichtigsten Bestimmungen, nämlich Beendigung und Abänderung, nicht nach den Regeln des Gesellschaftsvertrages, sondern nach den schuldrechtlichen Regeln des gegenseitigen, unbenannten Vertrages behandelt wird, — ein Ergebnis, das unsere Auffassung zu bestätigen scheint, daß es sich von vornherein um keinen anderen Vertrag handelt.

Der Stand der Streitfragen ist nun, zunächst in aller Kürze auf praktische Fälle abgestellt, folgender:

a) RG 73,429 und 108,23 betrachten die in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz verbrieften Kartellpflichten als reine Gesellschafterverpflichtungen. Deshalb kann im Konkurse eines Gesellschaftsmitgliedes der Konkursverwalter nicht unter der (von uns verteidigten) Annahme eines gegenseitigen Vertrages nach § 17 K.O. der Gesellschaft erklären, daß er die weitere Fortsetzung der Kartellpflichten ablehne. Er muß vielmehr auch im

Konkurse des Gesellschafters die Kartellpflichten erfüllen, könnte also praktisch nur den Gesellschaftsanteil veräußern, (was aber im Regelfalle dadurch ausgeschlossen ist, daß die G.m.b.H.-Verträge die Veräußerung der Anteile in diesen Fällen von der Genehmigung der G.m.b.H. abhängig machen. Brodmann S. 26).

Vor allem lehnt das Reichsgericht es weiter folgerichtig ab, in den Kartellpflichten eine besondere, neben der G.m.b.H. bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu sehen und versagt daher (vor der Kartellverordnung) das nach diesem Gesellschaftsrechte bestehende Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gemäß BGB § 723. Das Reichsgericht verweist das Kartellmitglied, das aus wichtigem Grunde aufkündigen will, auf § 61 G.m.b.H.-Gesetz, wonach im Wege der gerichtlichen, erst mit dem rechtskräftigen Urteil wirksam werdenden Auflösungsklage eine Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde erreicht werden kann, wenn diese Klage von Gesellschaftern erhoben wird, deren Geschäftsanteil zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen. Flechtheim (S. 197, 286) möchte, da die Auflösungsklage an den zehnten Teil des Stammkapitals gebunden ist und in ihrer Durchführung viel zu lange dauert, dem Kartellmitgliede der Nebenleistungs-G.m.b.H. im Wege sinngemäßer Auslegung des G.m.b.H.-Vertrages ein sofort wirkendes, nicht an einen bestimmten Besitz des Stammkapitals gebundenes Kündigungsrecht, also im Ergebnis das gleiche Kündigungsrecht wie § 723, gewähren. Staub-Hachenburg (Exkurs § 3 Anm. 11) lehnt diese Forderung als zu weit gehend ab, geht aber nach unserer Ansicht ebenso weit, indem er dem Kartellmitgliede der Nebenleistungs-G.m.b.H. zwar auch nur das Kündigungsrecht der Auflösungsklage nach § 61 G.m.b.H.-Gesetz zugesteht, andererseits aber im Wege wieder der Auslegung den Gesellschaftsvertrag auch ohne ausdrückliche Bestimmung dahin auffassen will, daß diese Auflösungsklage jedem Gesellschafter auch ohne den Besitz des zehnten Teiles des Stammkapitals zusteht.

b) Brodmann (Kom. der Reichsgerichtsräte zum G.m.b.H.-Gesetz, S. 26) beginnt demgegenüber damit, daß man keinen Unterschied machen dürfe, ob ein Kartell in der Form einer G.m.b.H. mit einem gesellschaftsähnlichen Sondervertrage (oben § 4) abgeschlossen sei, wo also das oben erwähnte Urteil des Reichsgerichts vom 4. 1. 1905 das Kündigungsrecht aus § 723 BGB gewähre, oder ob der Kartellvertrag in die Form der hier interessierenden Nebenleistungs-G.m.b.H. gegossen sei. Es müsse in beiden Fällen einheitlich für die Kartellverpflichtungen das Recht der Ge-

sellschaft des bürgerlichen Rechts angewendet werden, also Kündigungsrecht nach BGB § 723 und Auflösung der Kartellverpflichtungen durch Konkurs des Mitgliedes nach BGB § 728. Damit nimmt Brodmann im Ergebnis eine Ansicht auf, die schon Roth in L.Z. 12, 266 dahin vertreten hatte, daß bei der Nebenleistungs-G.m.b.H. die Kartellpflichten juristisch gar nicht Gesellschafterpflichten seien, daß sie vielmehr eine, gewissermaßen in den Block des G.m.b.H.-Vertrages hineingesprengte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellten, also eine Meinung, die unserer Auffassung nahe kommt, nur daß wir nicht Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, sondern gegenseitigen Vertrag annehmen. Die Literatur (Flechtheim S. 287, Staub-Hachenburg § 3 Anm. 24, Kaufmann, Sächs. Arch. 1912 S. 416, Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 391 S. 325) hat diese Ansicht Roths als mit zuweitgehenden Folgen verknüpft, abgelehnt. Daß im Ergebnisse aber Flechtheim (S. 287) und Kaufmann das Kündigungsrecht aus § 723 auch gewähren, und damit die wichtigste Folgerung der Lehre Roths übernehmen, wurde oben bereits mitgeteilt.

c) Wenn wir also hier die Ansicht vertreten, es stellten auch bei den Kartellen in Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. die Kartellpflichten einen gegenseitigen, unbenannten, nicht unter dem G.m.b.H.-Rechte stehenden Vertrag dar, so weichen wir grundsätzlich von Brodmann in seinem Kommentar der Reichsgerichtsräte a.a.O. und von Roth a.a.O. nicht ab. Nur halten Brodmann und Roth die Kartellverpflichtungen, wie gesagt, für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, (also mit Kündigungsrecht aus § 723) während wir gemäß unserer für diese Fälle grundlegenden Untersuchung (oben § 3,3) die Kartellpflichten als unbenannten, gegenseitigen Vertrag bezeichnen müssen, also ohne Kündigungsrecht nach BGB § 723 und im Konkurse gemäß § 17 K.O. behandelt, also mit dem Rechte des Konkursverwalters, die Fortsetzung des Kartellvertrages durch das in Konkurs geratene Kartellmitglied aufzusagen.

2. (Plan der Untersuchung). Unserer Auffassung lassen sich allgemein zwei Bedenken entgegenstellen:

a) Wenn wir Kartellpflichten in Form der gesellschaftlichen Nebenpflichten gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz als einen rein schuldrechtlichen, nicht dem Gesellschaftsrechte der G.m.b.H. unterliegenden, gegenseitigen Vertrag auffassen, so könnte uns entgegengehalten werden, warum wir dasselbe nicht für alle in dieser Form verbrieften Gesellschafterpflichten behaupten, die doch

häufig, wie Miete, Pacht, Dienstleistungen, auch äußerlich einem gegenseitigen Vertrag ähneln.

b) Weiter werden echte Gesellschafterpflichten einer G.m.b.H. in vieler Beziehung anders behandelt, wie reine, schuldrechtliche Verpflichtungen von G.m.b.H.-Mitgliedern. Ist z. B. die Verpflichtung eines Gesellschafters, die Stammeinlage in die G.m.b.H. einzuzahlen oder eine Erhöhung derselben zu bewirken, auf Grund Irrtums oder arglistiger Täuschung erfolgt, so versagt die unten mitgeteilte Rechtsprechung dem G.m.b.H.-Mitgliede die Anfechtung wegen Irrtums oder arglistischer Täuschung gemäß §§ 119, 123 BGB. Denn das Gesellschaftskapital muß im Interesse der Gläubiger derselben erhalten bleiben. Der Getäuschte hat nur Schadenersatzanspruch gegen die Person, die ihn getäuscht hat, nicht gegen die G.m.b.H. In dieser Beziehung werden also durch das G.m.b.H.-Recht die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechtsgeschäfte zu einem erheblichen Teil außer Kraft gesetzt. Betrachten wir also die äußerlich als Nebenleistung einer G.m.b.H. verbrieften Verpflichtungen der Kartellmitglieder als nicht dem Gesetzesrechte der G.m.b.H. angehörig, sondern als reine schuldrechtliche Rechtsgeschäfte, so müssen wir die Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, auch wegen Drohung zulassen, und es fragt sich, ob dies mit dem Rechte der G.m.b.H. verträglich ist.

Die Antwort auf unser erstes Bedenken, ob nach unserer Ansicht nicht alle Leistungen mit Gegenleistung in Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz nun gegenseitige Verträge sein müßten, ergibt die Prüfung eines Kartelles in der Form einer Nebenleistungs-Aktiengesellschaft gemäß HGB § 212.

3. (Kartelle in der Form einer Nebenleistungs-Aktiengesellschaft). Es handelt sich um eine Aktiengesellschaft, bei der, gemäß HGB § 212, die Gesellschafter neben den Kapitaleinlagen Verpflichtungen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen übernommen haben. Die Aktien einer derartigen Gesellschaft müssen bekanntlich vinkuliert sein. Entstanden ist diese Aktiengesellschaft (Brodmann, S. 21) aus den Bedürfnissen der Zuckerrübenbauer, sich produktiv-genossenschaftlich zu gemeinschaftlicher Verarbeitung ihrer Rüben zusammenzuschließen. Der Form der Aktiengesellschaft bedurfte es, weil zu dieser Verarbeitung erhebliches Kapital, nämlich eine gut eingerichtete Zuckerfabrik mit allen Nebeneinrichtungen gehört. Für diese Fabrik war die Aktiengesellschaft die gegebene Gesellschaftsform. Denn die Aktiengesellschaft ist ihrem Wesen nach

reine Kapitalvereinigung. Die Beteiligung der Gesellschafter besteht in Geld- oder Sacheinlagen, hinter denen die Persönlichkeit des Aktionärs vollständig zurücktritt. Da trotzdem das Bedürfnis der Zuckerrübenbauer zum Zusammenschlusse zwecks gemeinschaftlicher Verarbeitung ihrer Produktion bestand, kam die Rechtsprechung (RG 17,1; 21,148; 26,89; 48,102 u. a.) entgegen, indem sie der Atiengesellschaft erlaubte, mit ihren Mitgliedern, ähnlich, wie wir oben in § 3 und § 4 Sonderverträge, die Kartellpflichten enthaltend, kennen lernten, Nebenverträge abzuschließen, in denen die Verpflichtung der Zuckerrübenbauer, eine bestimmte Fläche mit Zuckerrüben anzubauen und die Ernte an die Aktiengesellschaft abzuliefern, bedungen war. Die Rechtsprechung machte aber die Einschränkung, daß ein fest bestimmter oder bestimmbarer, jedenfalls ein von dem Ertrag der Fabrikation ganz unabhängiger Preis für die gelieferten Rüben vereinbart sein mußte. Es mußte also jede gesellschaftsrechtliche Färbung des Leistungsvertrages vermieden werden. § 212 HGB bestimmte dann, daß die Aktionäre als solche neben den Kapitaleinlagen Verpflichtungen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen übernehmen können, sofern die Aktien vinkuliert sind.

Es muß sich also einmal um wiederkehrende Leistungen handeln, und hier setzen schon die oben (§ 2,4) bereits erwähnten Bedenken ein, welche die Nebenleistungs-Aktiengesellschaft für die Kartelle praktisch jetzt vollständig ausgeschaltet haben. Es ist nämlich schon (Literaturnachweisungen bei Flechtheim S. 99 und 295) zweifelhaft, ob die Unterlassungspflicht der Kartellmitglieder, an Dritte zu liefrn, als eine derartige wiederkehrende Leistung betrachtet werden kann. Jedenfalls lernten wir weiter oben (§ 4,2) bei dem Kartellvertag des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikates die Bestimmung des Kartellvertrages kennen, daß die Kartellmitglieder unter gewissen Voraussetzungen an die Aktiengesellschaft Umlagen zur Deckung der Unkosten derselben zahlen müssen. Dies wäre also eine Geldleistung, die nach dem Wortlaute des HGB § 212 bestimmt nicht als Nebenleistung in der Satzung der Aktiengesellschaft verbrieft werden könnte. Wir halten allerdings mit anderen (vergl. den oben angeführten Literaturnachweis) die Unterlassungspflicht, nicht an Dritte zu liefern, für eine wiederkehrende Leistung im Sinne des HGB § 212, und die damit verbundene Verpflichtung, Umlagen an die Aktiengesellschaft zu zahlen, möchten wir als eine Nebenleistung betrachten, die dem Verbote des § 212 HGB nicht unterliegt. Wir würden also an sich die Nebenleistungs-Aktiengesellschaft für eine zu Kartellzwecken ge-

eignete Rechtsform halten. Kelbstverständlich kann aber ein Kartellvertrag, der auch nur rechtlichen Bedenken ausgesetzt ist, in der Praxis nicht bestehen, und daher vermeidet die Kartellpraxis diese Form. Es gibt nunmehr, wie Flechtheim S. 295 mitteilt, wohl kein Kartell in Deutschland mehr, das die Form der Nebenleistungs-Aktiengesellschaft trägt.

Wir würden im übrigen, um damit die juristische Würdigung dieser Kartellform kurz abzuschließen, aus den gleichen Gründen, wie unten für die Nebenleistungs-G.m.b.H. entwickelt, den Kartellvertrag auch in dieser Form als gegenseitigen, unbenannten Vertrag auffassen und sämtliche Regeln des Schuldrechtes über diesen Vertrag auf ihn anwenden.

Doch interessiert diese Darlegung im Zusammenhange mit unserer Untersuchung nur nach folgender Richtung: Wie Flechtheim S. 51 treffend ausführt, handelt es sich bei der Zuckerrüben-Aktiengesellschaft gemäß HGB § 212, soweit Verpflichtungen der Zuckerrüben bauenden Mitglieder bei ihr bestehen, um wirkliche Nebenleistungen. Das Wesentliche bei einer derartigen Gesellschaft ist wirtschaftlich die Fabrik. Daher hat die Zuckerrüben-Aktiengesellschaft nicht, wie die Aktiengesellschaft oder die G.m.b.H. eines Kartells, die Aufgabe, zu einheitlichen Preisen zu verkaufen. Sie soll infolge einer durchaus freien und kaufmännischen Leitung zu möglichst hohen Preisen verkaufen, soll die Zuckerrüben gegebenenfalls auch an anderer Stelle beziehen, soll Nebengeschäfte aller Art vornehmen. Ihre Aufgabe ist, in der Aktiengesellschaft Gwinne zu erzielen, die den Aktionären zufließen. Wir sahen aber bereits oben (§ 4,2), daß bei den Aktiengesellschaften oder der G.m.b.H., die Kartellzwecken dient, ein Gewinn dieser juristischen Personen vielfach geradezu ausgeschlossen ist. Wenn wir also in Nachstehendem nachzuweisen versuchen, daß bei der G.m.b.H. Kartellpflichten, die gemäß § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes äußerlich im Gesellschaftsvertrage der G.m.b.H. verbriest sind, keine Gesellschaftsverpflichtungen, sondern reine, schuldrechtliche Vertragsbeziehungen sind, so beschränkt sich dies dahin, daß es sich eben um Kartellpflichten handelt, die in der Struktur der Nebenleistungs-G.m.b.H. nicht Nebenleistungen sind, wie sie eigentlich § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes im Auge hat, und wie sie den Verpflichtungen der Zuckerrübenbauer bei der Zuckerrüben-Aktiengesellschaft entsprechen würden, sondern durchaus andere, ganz ungewöhnliche Verpflichtungen, die nur deshalb die Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz wählen, weil unsere Gesetzgebung eine besondere Form für die Kartelle nicht kennt. Ein Schluß von unserer

Ansicht darauf, daß alle, gegen eine Leistung der G.m.b.H erfolgenden Leistungen gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz nun gegenseitige Verträge seien, ist also unzulässig.

4. (Die Nebenleistungen des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz im einzelnen). Unser weiteres, von uns oben (§ 5,2) eingeführtes Bedenken, ob wir der G.m.b.H. nicht den Boden entziehen, wenn wir die Kartellpflichten als gegenseitige Verträge z. B. der Anfechtung wegen Irrtums und Täuschung aussetzen, beseitigt die genauere Untersuchung der Nebenleistungen des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz.

a) (Arten). Jede Verpflichtung, die Gegenstand eines Schuldverhaltens sein kann, kann der Inhalt einer solchen Sonderverpflichtung werden, also sowohl solche auf ein Tun, als auf ein Unterlassen und ein Dulden (Staub-Hachenburg § 3 Anm. S. 26). Als solche Nebenverpflichtung erscheint z. B. die uns gerade für das Kartellrecht interessierende, oben (§ 3,1) erwähnte Bestimmung des Gesellschaftvertrages einer G.m.b.H., daß der Gesellschafter verpflichtet ist, seinen Geschäftsanteil der G.m.bH. der G.m.b.H. oder einem von dieser bestimmten Gesellschafter abzutreten, sofern die Verpflichtungen des Kartellmitgliedes aus dem eigentlichen Kartellvertrag durch irgendwelche Gründe, z. B. durch vom Kartellgericht für berechtigt erklärte fristlose Kündigung nach § 8 der Kartellverordnung, erloschen sind (K.G. 21. 5. 1909, OLGR 22,29, KGJ 38, A 171, Staub-Hachenburg § 3 Anm. 26a). — Beispiele solcher Nebenverpflichtungen sind weiter: Um die Steuern eines Eigentumswechsels an Grundstücken zu sparen, läßt der Gesellschafter einer G.m.b.H. sein Grundstück der G.m.b.H. nicht auf, sondern vermietet es ihr lediglich. Es liegt kein Mietsvertrag vor, sondern eine Gesellschaftsverpflichtung. Der Gesellschafter hat also an den auf dem Mietsgrundstück eingebrachten Sachen der G.m.b.H. nicht das Pfandrecht des Vermieters (Staub-Hachenburg § 3 Anm. 33). Oder, ein sehr häufiger Fall, ein Gesellschafter verpflichtet sich, in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz, der Gesellschaft bestimmte Darlehn zu geben. Auch hier handelt es sich um Gesellschafterverpflichtung, die gewöhnliche Kündigungsfrist des Darlehns gemäß § 609 BGB greift also nicht Platz. (Staub-Hachenburg a.a.O.) — Endlich: Ein Gesellschafter, der von der G.m.b.H. als Geschäftsführer angestellt wird, schließt seinen Dienstvertrag gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H. — Gesetz im Gesellschaftsvertrage ab. Auch hier kein Dienstvertrag des bürgerlichen Rechtes, sondern Gesellschaftsverpflichtung. Daher kein Vorzugs-

recht im Konkurse der G.m.b.H. und keine Beschränkung der Dauer der Verpflichtung auf 5 Jahre (Staub-Hachenburg a.a.O.).

In allen diesen Fällen wird für diese Gesellschaftsverpflichtungen für Vorsatz und Fahrlässigkeit des Gesellschafters selbst und seiner Gehilfen gehaftet — (BGB 276,278). Ist der Gesellschafter Kaufmann, so ist er bei der Beurteilung seines Verhaltens die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu fordern (§ 374 BGB), sofern die Beteiligung bei der Gesellschaft im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgte. Der Gesellschafter haftet nicht etwa nur für die Sorgfalt, wie in eigenen Angelegenheiten (§ 708 HGB). Denn diese Spezialvorschrift bezieht sich nur auf die Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. (Staub-Hachenburg § 3 Anm. 32).

b) (Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung). Da es sich um Gesellschafterverpflichtungen handelt, müßten an sich, wie oben (§ 5,2) bereits erwähnt, die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Anfechtung nach dieser Richtung hinter der Forderung zurücktreten, daß das Gesellschaftskapital den Gläubigern in vollem Umfange erhalten werden muß. Diese Folgerung zieht in der Tat auch das Reichsgericht 88,188 in vollem Umfange: Das Mitglied einer Nebenleistungs-G.m.b.H. (interessanterweise war es gerade eine Kartell-Nebenleistungs-G.m.b.H.) war nach seiner Behauptung zum Eintritte in diese G.m.b.H. und zur Leistung seiner Stammeinlage nur durch die arglistige Täuschung der Geschäftsführer der G.m.b.H. veranlaßt worden, daß alle Mitglieder des Kartells in dem Vertrage gleichmäßig behandelt seien. Das Reichsgericht wies die Schadensersatzklage des Mitgliedes gegen die G.m.b.H. ab und verwies dasselbe ausschließlich auf die Klage gegen die Personen, die es angeblich getäuscht hatten, indem es den oben erwähnten Grundsatz der Kapitalerhaltung im Interesse der Gläubiger wiederholte. Das Reichsgericht macht hierbei (82,375) keinen Unterschied, ob die Anfechtung der Beitrittserklärung vor oder nach der Eintragung der G.m.b.H. in das Handelsregister erfolgt. Staub-Hachenburg (§ 2 Anm. 34) will (mit OLG Stuttgart 3. 5. 1912, Recht 1912, 1843) diese Anfechtung wenigstens zulassen, solange die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen, nach außen hin als solche also noch nicht tätig geworden ist.

Vor allem lehrt aber, was hier allein interessiert, Staub-Hachenburg (§ 3 Anm. 25a), daß eine Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung und Drohung zulässig sei, soweit es sich um die hier behandelten Nebenverpflichtungen des § 3

Abs. 2 handle. (Literaturnachweise bei Staub-Hachenburg a.a.O.). Auch das berechtigte Interesse der Gläubiger der G.m.b.H. beschränke sich nämlich darauf, daß das Stammkapital der Gesellschaft erhalten bleibe. Daß auch die Nebenverpflichtungen jeder Anfechtung entzogen seien, könnten sie nicht fordern. Staub-Hachenburg läßt also die Anfechtung dieser Nebenverpflichtungen zu, soweit nur die Stammeinlage hierdurch nicht berührt wird (ebenso Moos, Z.H.R. 70,184, und Breit a.a.O 76,415, ferner Flechtheim in J.W. 16,937 ff.). Wenn Staub-Hachenburg hierbei übrigens als abweichende Meinung die oben bereits von uns erwähnte Entscheidung RG 88,188 in einer Sache gegen die Südd. Zement-Verkaufsstelle anführt, so unterstellt er dabei, daß es sich bei dieser G.m.b.H. auch um ein Syndikat in Form der hier interessierenden Nebenleistungs-G.m.b.H. handle, nicht um eine G.m.b.H. mit Sonderverträgen, wie wir sie oben in § 2 und 3 untersuchten.

Wir konnten aber aus dem Tatbestande dieser Entscheidung nicht feststellen, auch nicht auf anderem Wege, ob die Süddeutsche Zement-Verkaufsstelle G.m.b.H. tatsächlich ein Kartell in der einen oder anderen Form war, so daß es also nicht sicher ist, ob eine Entscheidung des Reichsgerichts für den besonderen Fall der Anfechtung einer Nebenverpflichtung gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz bereits vorliegt.

c) (Nichterfüllung, Verzug, positive Vertragsverletzung, Unmöglichwerden). In allen diesen Fällen wird auf die Nebenverpflichtungen das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches angewendet: Hat ein Gesellschafter in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz etwa die Verpflichtung übernommen, Zuckerrüben zu pflanzen und der G.m.b.H. zu liefern, und bleibt er säumig oder bestreitet er seine Verpflichtung, so ist die G.m.b.H. berechtigt, ihm angemessene Frist gemäß § 326 BGB zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist von dem Vertrage zurückzutreten. Hier tritt also, wie Staub-Hachenburg § 3 Anm. 34a, S. 153, ausdrücklich hervorhebt, der Fall ein, daß sich das Gesellschaftsverhältnis wieder auf die Stammeinlage beschränkt.

Umgekehrt: Die Gesellschafter (Seifen-Fabrikanten) verpflichten sich in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz, die Neutralfette der G.m.b.H., einer Fettspalterei, zum spalten zu überlassen. Die G.m.b.H. hat also die Arbeit zu leisten, sie darf dafür das gewonnene Glycerin behalten. Ein wiederholter Verzug der Gesellschaft in ihrer Arbeit kann den Gesellschaftern das Recht geben, sich von ihrer Zusage wie-

der zu befreien, und auch hier schränkt sich also das Gesellschaftsverhältnis wieder auf die Stammeinlage der Gesellschaft ein (Staub-Hachenburg a.a.O.).

d) Greift insoweit eine Behandlung nach bürgerlichem Rechte Platz, so zeigt sich doch, daß die Verpflichtungen der Gesellschafter gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz im übrigen echte Gesellschafterverpflichtungen sind, mit Staub-Hachenburg § 3 Anm. 39 wieder im Konkurse des Gesellschafters: Ansprüche der G.m.b.H. auf Dienstleistungen werden z. B. nicht als gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 17 K.O. behandelt, der Konkursverwalter hat also nicht das Recht, diese Dienstleistungen des Gemeinschuldners aufzukündigen. Die Dienstleistungen bestehen vielmehr weiter.

So weit in kurzen Zügen das bisher entwickelte Recht der Nebenleistungen gemäß § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes. Schon unsere kurze Uebersicht beweist, was Staub-Hachenburg § 3 Anm. 24 hervorhebt, daß diese Nebenverpflichtungen eine wohl dem Gesetzgeber ungeahnte Entwicklung angenommen haben und daß der Verkehr in diese Rechtsform seine neuen wirtschaftlichen Bedürfnisse gießt, indem die Vertrags- und Gerichts-Jurisprudenz die Anpassung zu vollziehen hat. Die Ergebnisse steigern sich von Jahr zu Jahr, und ein Teil dieser Ergebnisse würde es sein, wenn die Behauptung unserer Untersuchung Billigung finden würde, daß es sich bei äußerlich in der Form des § 3 Abs. 2 gefaßten Kartellverpflichtungen überhaupt nicht um Gesellschafterverpflichtungen handelt, sondern um unbenannte, gegenseitige, in vollem Umfange dem Schuldrechte des BGB unterliegende Verträge.

5. (Zusammenfassung unserer Untersuchung).

Denn wir stellten fest:

a) Die Kartellverpflichtungen nehmen (vergl. unsere Erörterungen über die Zuckerrüben-A.G., oben § 5,3) eine durchaus besondere Stellung in der wirtschaftlichen Gruppe der Nebenverpflichtungen ein.

b) Es bestehen keine Bedenken, aus dem Gesellschaftsrechte herfließend, die Regeln des bürgerlichen Rechts über gegenseitige Verträge in vollem Umfange auf diese Nebenverpflichtungen anzuwenden. Denn, wie oben zu diesem Zwecke gezeigt (oben § 5,4), es wird bereits die Anfechtung dieser Nebenverpflichtungen wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung wenigstens von der Literatur zugelassen. Es ist unbestritten, daß infolge Frist-

setzung gemäß § 326 BGB die Nebenverpflichtungen beendet und damit das Gesellschaftsverhältnis wieder auf die Stammeinlage beschränkt werden kann.

Ein Widerspruch zu unserem Ergebnisse besteht nur für den Fall des Konkurses: Hier lehrt die herrschende Meinung (oben § 5,4), daß das Recht des gegenseitigen Vertrages nach § 17 K.O. nicht Anwendung findet, daß also die Verpflichtung zur Nebenleistung auch bei Konkurs eines Gesellschafters weiterbestehe. Gerade diese Folgerung bezeichnet aber Brodmann (Kom. der Reichsgerichtsräte S. 26) mit Recht als unerträglich, soweit es sich um Kartelle handelt. Denn die Kartell-Nebenleistungs-G.m.b.H. gelange dadurch, daß die Bindung des in Konkurs geratenen Mitgliedes an die Kartellpflichten weiter läuft, zu einem durch nichts gerechtfertigten und wirtschaftlich nicht erträglichen Aussonderungsrechte in der Konkursmasse des Gemeinschuldners.

Gerade das bestärkt Brodmann a.a.O. in seiner Auffassung, die ja grundsätzlich unserer Meinung entspricht, daß es sich bei Kartellpflichten, auch in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz, niemals um echte Gesellschaftsverpflichtungen handle, sondern um Pflichten aus einer, mit der G.m.b.H. eingegangenen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Brodmann a.a.O. weist ferner darauf hin, daß RG 73,433 das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde nur nach § 61 G.m.b.H.-Gesetz gewährt, wenn die Kartellverpflichtungen in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetzes vorliegen, dagegen in viel weiterem Umfange, wenn ein Nebenvertrag abgeschlossen ist (RG vom 4. 1. 05 in RG 74,34, oben § 4,1). Auch das sei nicht folgerichtig. Uns bestätigt, neben dem oben erwähnten Konkursfalle, die Annahme, daß es sich bei Kartellverpflichtungen im Sinne des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz nicht um Gesellschafterverpflichtungen handelt: Wären es Gesellschaftsverpflichtungen, dann müßten sie, mangels besonderer Bestimmung, durch Gesellschafterbeschluß, also regelmäßig mit dreiviertel Mehrheit abänderbar und insbesondere aufhebbar sein. Wir haben aber bereits oben (§ 5,1) ausgeführt, daß dies wirtschaftlich unerträglich ist und daß daher z. B. auch die Satzung der Nebenleistungs-G.m.b.H. des Braunkohlen-Brikett-Verkaufsvereins G.m.b.H. in ihrem § 13 (Flechtheim S. 188) vorsieht, daß die eigentlichen Kartellpflichten nicht durch Mehrheitsbeschluß, sondern nur einstimmig abgeändert werden können.

Wir teilen also die Auffassung derer (Brodmann, Roth a.a.O.), die Kartellverpflichtungen in Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. nicht als Gesellschafterverpflichtungen, sondern als reine, schuldrechtliche Verträge betrachten. Wir weichen darin ab, daß wir dieses schuldrechtliche Verhältnis nicht als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts auffassen, sondern als unbenannten, gegenseitigen Vertrag. Die Gründe, die uns zu dieser Auffassung zwingen, sind die gleichen, wie oben § 3,3 dargestellt.

6. Welche Kartellbestimmungen müssen nach der herrschenden Lehre gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden? Mit dieser, für die Praxis der Kartelle in Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. außerordentlich wichtigen Frage kommen wir wieder auf ein sehr ungeklärtes Gebiet, sobald wir mit der herrschenden Lehre annehmen, daß es sich bei den Leistungen gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz um echte Gesellschafterpflichten handelt. Solche müssen nämlich, was ja keiner Ausführung bedarf, in vollem Umfange in den Gesellschaftsvertrag (oder einem formgerechten Nachtrag) aufgenommen, also gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Daß diese Nebenleistungen im Sinne des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz der öffentlichen Beurkundung wie der eigentliche Gesellschaftsvertrag, bedürfen, folgt schon aus § 53 Abs. 3 G.m.b.H.-Gesetz, wonach eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligten Gesellschafter beschlossen werden kann. Es empfiehlt sich also für Kartelle, welche die Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. wählen, dem Vertrag des erwähnten Braunkohlen-Brikett-Verkaufsvereins folgend (oben § 5,1), zunächst sämtliche Kartellpflichten als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages gerichtlich oder notariell beurkunden zu lassen, ebenso alle Abänderungen, insbesondere Verlängerungen der Kartellverpflichtungen. Nun bringt es aber das Wesen der Kartelle mit sich, daß Preise, Lieferungsbedingungen, Umlagen usf. sich ständig ändern und daher deren wechselnde Festsetzung durch eine Preiskommission oder einen Beirat vorgesehen werden muß. Es genügt daher nach der Entscheidung des RG 87,261, wenn im Gesellschaftsvertrage nur die Bestimmungen, diese allerdings genau, getroffen sind, in welcher Weise die erwähnten Bestimmungen über Preise, Lieferungsbedingungen, Umlagen usw. später festgelegt werden sollen. Es

muß also, und darauf müssen die Kartelle in diesem Falle besonders achten, aus dem Gesellschaftsvertrage genau hervorgehen, in welcher Weise sich der Beirat oder die Preiskommission zusammensetzen, damit später nachgeprüft werden kann, daß die ergänzende Bestimmung wirklich von einem richtig eingesetzten Beirate, einer richtig gewählten Preiskommission getroffen ist. In diesem Rahmen kann (selbstverständlich) ein Gesellschafter auch von vornherein bei Abschluß des Gesellschaftvertrages darein willigen, daß ihm durch die oben erwähnten Organe, Preiskommission und Beirat, eine Vermehrung seiner Gesellschaftsverpflichtungen auferlegt wird. Die Grenze hierfür bleibt aber, wie Flechtheim S. 281 mit Recht hervorhebt, flüssig. Vertragsstrafen, z. B. die als Gesellschafterpflichten gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz auferlegt werden sollen, müssen nach unserer Ansicht im Vertrage selbst, also gerichtlich oder notariell, beurkundet werden und wir würden es für zu weitgehend halten, etwa dem Beirate das Recht zu geben, auch diese Vertragsstrafen nachträglich zu erhöhen. So auch die herrschende Lehre (Staub-Hachenburg § 3 Anm. 25, Exkurs zu § 3, Anm. 7, Flechtheim S. 281,82, Brodmann § 3, S. 23,24). Fest steht weiter, daß eine, bei Kartellen nicht selten beobachtete, allgemeine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, wonach die Gesellschafter der G.m.b.H. ihre Produktion in dem kartellierten Artikel nur durch die G.m.b.H verkaufen dürfen, während die Ausführungsbestimmungen dieser allgemeinen Bestimmungen mit Vertragstrafen, Einsetzung einer Preiskommission usw. einem formlosen Sondervertrage überlassen sind, eine Gesellschafterverpflichtung gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz nicht erzeugt. Es liegt dann nur ein Programm vor. Die auf Grund dieses Programms abgeschlossenen formlosen Sonderverträge werden aber (mit Isay S. 94) im Wege der Konversion gemäß BGB § 140 als einfache Verträge der G.m.b.H. mit ihren Mitgliedern aufrecht erhalten. (Staub- Hachenburg § 3 Anm. 47). Damit nähert sich im Ergebnisse die herrschende Lehre wieder unserer oben dargelegten Grundauffassung, daß äußerlich als Gesellschafterpflichten verbriefte Kartellpflichten in der Form des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz juristisch nicht Gesellschafterverpflichtungen, sondern gegenseitige, unbenannte Verträge des reinen Schuldrechts sind, so sehr, daß es auch nach dieser Richtung fast einfacher erscheint, von vornherein unsere Meinung anzunehmen, bei der alle oben erwähnten Schwierigkeiten ohne weiteres verschwinden.

§ 6.

Kartelle in der Form des eingetragenen Vereins, einfacher Konvention, nicht rechtsfähigen Vereins, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft.

1. (Kartelle in Form des eingetragenen Vereins).

a) Zu der Frage, ob ein Kartell in der Form des eingetragenen Vereins gemäß BGB § 21 entstehen kann, ob also bei solchen Vereinen

„der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist",

können wir im Rahmen dieser Untersuchung die in weitem Umfange grundsätzlich erörterte Frage unberührt lassen, wie die Worte dieser Gesetzesbestimmung, insbesondere „Zweck" und „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb" auszulegen sind. Alles nähere ergeben die Kommentare zu § 21 BGB. Hier stellen wir nur fest:

I. Ein Kartell, das in der bisher überwiegend von uns behandelten Form die kartellierten Waren seiner Mitglieder einheitlich (durch eine G.m.b.H. oder eine Aktiengesellschaft als Verkaufsstelle) verkaufen will, kann sich zu diesem Zwecke der Rechtsform des eingetragenen Vereins nicht bedienen. Eine Kartell-Nebenleistungs-G.m.b.H. oder Kartell-Nebenleistungs-A.G. kann also durch einen eingetragenen Verein nicht ersetzt werden. Die maßgebenden Gesichtspunkte gibt das viel erörterte Urteil RG 83,231, das, im Gegensatz zum Kammergerichte (DJZ 13,644) die Eintragungsfähigkeit der Kassenärzte-Vereine gemäß BGB § 21 bejahte (vergl. Lehnel DJZ 13, 1237 und Köpchen, ebenda 13,1296). Nach dieser Entscheidung des Reichsgerichts scheidet für die Frage, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, der sogenannte innere Geschäftsbetrieb vollständig aus. „Es kommt vielmehr nur darauf an, ob sich die nach außen gerichtete Tätigkeit des Vereins im Verkehr mit Dritten als Geschäftsbetrieb kennzeichnet."

aa) Dies wäre also die erste Voraussetzung: Der nach außen gerichtete Betrieb des Vereins darf sich nicht im Verkehr mit Dritten als Geschäftsbetrieb kennzeichnen. — Da in unserem Beispiele

der als Verkaufsstelle eines Kartells beabsichtigte eingetragene Verein nichts weiter zu tun hätte, als, oft mit sehr erheblichen Umsätzen, Verkaufsgeschäfte der kartellierten Waren mit Dritten abzuschließen, scheidet schon unter diesem Gesichtspunkte der eingetragene Verein als Verkaufsstelle eines Syndikats aus.

bb) Ferner muß nach der mitgeteilten Entscheidung des RG die Geschäftstätigkeit des Vereins mit Dritten auf wirtschaftliche Vorteile gerichtet sein, um ihm die Eintragungsfähigkeit zu nehmen. — Auch das liegt ohne weiteres bei einem eingetragenen Verein als Verkaufsstelle eines Syndikates vor.

cc) Schließlich muß der Geschäftsbetrieb zu dem „Hauptzwecke" des Vereins gehören. Ein geselliger Verein, der als Nebenzweck „Ankauf von Wein und Verkauf an seine Mitglieder" bezweckt, ist dadurch nach bekannter Rechtslehre und Rechtsprechung als eingetragener Verein im Sinne des BGB § 21 nicht unmöglich.

Unter diesem Gesichtspunkte beantwortet sich auch die von Flechtheim S. 319 aufgeworfene Frage, ob es zuläſſig sei, daß, um gleich ein Beispiel aus der Wirklichkeit zu nennen, etwa der eingetragene Verein der Kleiderstoff-Fabrikanten von Meerane-Glauchau, der nach seinen Satzungen den Zweck hat, die Einhaltung einheitlicher Preise bei seinen Mitgliedern durchzuführen, sich zu diesem Zwecke eine Geschäftsstelle in der Form einer G.m.b.H. gründet, die nunmehr als Verkaufsstelle für die Mitglieder des eingetragenen Vereins tätig wird. Zwar sind derartige Verbindungen zwischen einem eigetragenen Verein und einer Handelsgesellschaft nicht selten. RG 85,256 hat es für zuläſſig erklärt, daß ein Arbeitgeber-Verband in Form eines eingetragenen Vereins ein eigenes Vereinshaus besitzt, das von einer besonderen G.m.b.H erworben und betrieben wird. Denn das RG führt mit Recht aus, in der Vermietung der für die Verbandszwecke nicht benötigten Räume des Hauses liege noch nicht der Uebergang zu einem, einem Vereine untersagten, wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe. Nur dürfe der Erwerb durch Vermietung nicht zu einem selbständigen Erwerbsunternehmen werden. Hier stellte der Betrieb des Vereinshauses also den erlaubten Nebenzweck eines im übrigen im Hauptzwecke idealen Vereins dar. Ebenso kommt es vor, daß ein eingetragener Verein die Mittel für ein neues Theater aus Vereinsbeiträgen zusammenbringt, das Theater selbst wird als A.G oder als G.m.b.H. errichtet und betrieben (vergl. Nußbaum, Arch. für bürgerliches Recht, 42,176). Aehnlich hat sich der Badischen Bauernverein e. V. die Absatzgenossenschaft mit beschränkter Haftung, und die Badische Bauernbank, eingetragene Genossenschaft mit beschränkter

Haftung angegliedert. (Günther, S. 52 ff.). Auch hier liegt wirtschaftlicher Nebenzweck vor. Wenn aber, wie der Verein der Kleiderstoff-Fabrikanten von Meerane-Glauchau, der eingetragene Verein den Hauptzweck hat, Preisvereinbarungen seiner Mitglieder durchzuführen, dann wird auch die von ihm in der Form einer G.m.b.H. eingerichtete Verkaufsstelle Hauptzweck, und infolgedessen hätte, da eben der Hauptzweck des eigetragenen Vereins auf den einheitlichen Verkauf auch nach außen hin gerichtet ist, wie Flechtheim S. 320 mit Recht hervorhebt, der eingetragene Verein der oben erwähnten Kleiderstoff-Fabrikanten Meerane-Glauchau nicht eingetragen werden dürfen. Denn wenn es dem Vereine selbst verboten ist, nach außen hin im Hauptzwecke zu verkaufen, so darf er diesen Zweck auch nicht dadurch erreichen, daß er eine, vollständig ihm unterworfene und botmäßige G.m.b.H. zu diesem Zwecke einrichtet.

Es ist also nicht möglich, daß ein Kartell, das sich nicht als eingetragener Verein organisieren kann, diesen Zweck dadurch erreicht, daß es eine G.m.b.H. oder A.G. als Verkaufsstelle über sich aufbaut.

II. Dagegen ist es, insbesondere seit der oben erwähnten Entscheidung RG 83,231, in Sachen der Eintragungsfähigkeit der Kassenärzte-Vereine in Rechtslehre und Rechtsprechung unbestritten, daß Kartelle, die sich darauf beschränken, ohne einheitlichen Verkauf ihren Mitgliedern lediglich die Bindung zu eigenen Verkäufen unter einheitlichen Bedingungen, insbesondere einheitlichen Preisen aufzuerlegen, die Form des eingetragenen Vereins gemäß § 21 BGB wählen können. Als Beispiel solcher eingetragenen Vereine führt Flechtheim S. 148 auf: Den Verband der Stecknadelfabrikanten in Aachen e. V., den Verein der Brauereien von Köln und Umgebung e. V. — Insbesondere steht auch den sogenannten Submissionskartellen die Form eines eingetragenen Vereins offen. Unter Submissionskartellen (Spiero S. 45 ff.) versteht man, in der Wirtschaft sehr häufige, Vereinbarungen, wonach die Fabrikanten der kartellierten Waren sich an Submissionen, insbesondere öffentlicher Behörden, nur beteiligen dürfen, nachdem sie ihr Angebot einer einheitlich eingerichteten Geschäftsstelle vorgelegt und die Genehmigung dieser Geschäftsstelle erhalten haben. Auch sind die Anweisungen für das Angebot seitens dieser Geschäftsstelle zu beachten. Die Geschäftsstelle sorgt nun für sogenannte Schutzofferten, also etwas erhöhte Offerten, seitens eines Teiles der Anbietenden, und erreicht hierdurch den Zweck, daß der Auftrag dem von ihr gewünschten Anbietenden zugewiesen wird. Bei Gründung des Submissionskartells haben sich die Vertragschließenden darüber geeinigt,

welche Quote der Submissionsausführungen auf jeden Beteiligten fallen soll, und dies zu erreichen ist, wie gesagt, neben der Erzielung angemessener Preise auch die Aufgabe der Geschäftsstelle. Die Rechtsprechung (RGJW 1908 S. 296) findet bekanntlich für Zusammenschlüsse dieser Art sogar Worte entschiedener Zustimmung: Sie erfolgten im Interesse einer gesunden Wirtschaftspolitik, weil die wirtschaftlichen Zustände im Interesse der Lebensfähigkeit der Unternehmer sie gebieterisch forderten. Daher liege ein Verstoß gegen BGB § 138 (unsittliche Rechtsgeschäfte) nicht vor. Soweit es der Geschäftsstelle nicht gelingt, die Quote zu erfüllen, erfolgt ein Ausgleich unter den Vertragschließenden. Auch diese Submissionskartelle können sich also der Form des eingetragenen Vereins bedienen, weil der innere Geschäftsbetrieb nach der oben genannten Entscheidung RG 83,231, ja unerheblich ist und nach außen das Kartell überhaupt nicht hervortritt.

b) Für die Frage, in welchem Umfange die Kartellpflichten in die Satzung des eingetragenen Vereins aufgenommen werden müssen, gilt das oben (§ 5,6) für die Nebenleistungs-G.m.b.H. gesagte: Alle wesentlichen Kartellpflichten gehören in die Satzung. Selbstverständlich kann aber die Preisbestimmung, die Festsetzung der Lieferungsbedingungen im einzelnen einem Dritten, einem Beirate, einer Preiskommission überlassen werden. Neue, erschwerende Verpflichtungen über diesen Rahmen hinaus dürfen aber nicht auferlegt werden. So hat für den Verband der deutschen Zentralheizungsindustrie E.V. das RG (KR 16,80) dahin entschieden, daß die neue Aufnahme einer Verpflichtung in Richtung des oben geschilderten Submissionskartells, also eine Bestimmung dahin, daß eine Teilnahme der Mitglieder an der Beteiligung an Submissionen in bestimmter Weise beschränkt sei, nur mit einstimmiger Zustimmung sämtlicher Mitglieder beschlossen werden könne, da es sich hier um eine Erschwerung handle, die niemand habe voraussehen können, der auf Grund der bisherigen Satzung dem Vereine beigetreten sei. Zu beachten ist in diesem Zusammenhange auch die Entscheidung des RG 88, S. 395, 401: Die Satzung des Verbandes Deutscher Schirmgroßfabrikanten E.V. unterwarf die Mitglieder für bestimmte Streitigkeiten einem Schiedsgericht, dessen Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren einer besonderen Schiedsgerichtsordnung vorbehalten blieb. Als diese Schiedsgerichtsordnung nachträglich erlassen war, erklärte sie das RG a.a.O. als „eine wesentliche, über den Inhalt einer bloßen Ausführungsverordnung weit hinausgehende Ergänzung, eine Satzungsänderung im Sinne des § 71 BGB", die nur unter der

Voraussetzung wirksam werden könne, daß sie in das Vereinsregister eingetragen werde, also auf Grund eines ordnungsmäßigen, die Satzung abändernden Beschlusses der Mitglieder zustande gekommen sei. Ob das RG damit nicht zu weit geht, bleibe hier dahingestellt.

c) Die herrschende Meinung betrachtet nun die in der Satzung eines eingetragenen Vereins begründeten Kartellpflichten als Verpflichtungen aus dem Vereinsrecht, die also nur zusammen mit der Mitgliedschaft in dem eingetragenen Verein aufkündbar sind und im Konkurse des Mitgliedes nicht der Behandlung nach § 17 K.O. unterliegen (RG 100,1). Wir erklären sie, insbesondere auch mit Rücksicht auf die ja unerträgliche Folgerung für den Konkurs (Brodmann S. 26), für reine Verpflichtungen aus gegenseitigen, unbenannten Verträgen. Bestimmt z. B. (Flechtheim S. 149) die Satzung des eingetragenen Vereins der Brauereien in Köln im § 18, daß jeder Austritt vor Ablauf der fünfjährigen Vereinsdauer ausgeschlossen sei, so ist nach Vereinsrecht gemäß BGB § 39 diese Bestimmung natürlich ungültig. Denn nach BGB § 39 kann das freie Recht des Mitgliedes zum Austritt höchstens durch eine zweijährige Kündigungsfrist beschränkt werden. Nach unserer Auffassung stellt sich die Sache folgendermaßen dar: Kündigt das Mitglied nach Ablauf dieser 2 Jahre, so scheidet es aus dem Verein hinsichtlich seiner weitergehenden, meist noch in reichem Umfange vorhandenen Zwecke und der damit verbundenen Verpflichtungen aus. Seine Kartellpflichten werden aber, da es sich um Pflichten aus gegenseitigem, unbenannten Vertrage handelt, durch diese Kündigung nicht berührt und dauern fünf Jahre fort. Dieses Ergebnis entspricht zweifellos wirtschaftlichem Bedürfnisse: Denn die Kartellerfahrung beweist, daß Kartelle häufig nur möglich sind, wenn sie auf längere Zeit, z. B. auf fünf Jahre möglich sind. Ebenso hat, wieder dem Wirtschaftsbedürfnisse entsprechend, nach unserer Auffassung, der Konkursverwalter beim Konkurse des Mitgliedes das Recht, die Kartellverpflichtungen gemäß § 17 K.O. aufzukündigen.

2. (Die einfache Vereinbarung, sogenannte Konvention). Sie ist der Anfang aller Kartelle, und deshalb gingen wir oben (§ 3,4) bei unserer Untersuchung, ob die Kartelle einen Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts darstellten, von ihr aus. Wir wiesen oben (§ 3,4) nach, daß die Vorschriften der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts weder juristisch noch wirtschaftlich auf diese einfache Konvention passen und dürfen uns hier auf das oben gesagte beziehen.

Während Kartelle mit zentralisierter Verkaufsstelle meistens für Massenartikel (Kohle, Erze, Eisen, Stahl) eingerichtet werden, bei denen der Qualitätsunterschied der Waren kaum eine Rolle spielt, finden sich diese Konventionen, also nach unserer Auffassung rein gegenseitige Verträge mit Verpflichtung der Mitglieder, bestimmte Mindestpreise und Lieferungsbedingungen einzuhalten, da, wo, wie z. B. bei Artikeln der Mode, vor allem in der Textilindustrie, eine Festsetzung von einheitlichen Preisen oder Mindestpreisen unmöglich erscheint. Hier wählt man den Ausweg, daß für die Berechnung der Selbstkosten, der Zuschläge und Gewinnquoten allgemein verbindliche Normen aufgestellt werden (Tschierschky, Reform der Industriekartelle S. 73 ff., Manstaedt, S. 104 ff.). Auch damit erreicht man die von dem Kartell gewünschte Regelung des Marktes. Weiter findet sich als wesentlicher Inhalt dieser Konventionen der sogenannte Treurabatt oder Schutzkonto: Der Abnehmer reicht der Geschäftsstelle der Konvention nach Ablauf eines Geschäftsjahres eine Aufstellung seiner Bezüge bei sämtlichen Mitgliedern des Kartells ein und erhält dann eine nach dem Gesamtbezuge gestaffelte Umsatzvergütung, — ein Anreiz für ihn, nur von den Mitgliedern der Konvention zu beziehen. Hierbei wird von ihm die Versicherung verlangt, daß er während des ganzen Geschäftsjahres seinen Bedarf an Verbandsprodukten ausschließlich bei Mitgliedern der Konvention gedeckt hat. Tritt noch die vielfach von dem Abnehmer weiter verlangte Versicherung hinzu, daß er im verflossenen Geschäftsjahre ausschließlich zu Konventionspreisen und Bedingungen bezogen habe, also insbesondere keine direkten oder indirekten Rückvergütungen genommen habe, so wird die Einrichtung gleichzeitig zu einer Kontrolle der Verbandsmitglieder (vergl. Flechtheim S. 316 mit Literaturnachweis). Der Treurabatt ist übrigens innerhalb der deutschen, wie auch der ausländischen Reederei-Verbände, also hinsichtlich der Frachtraten, entstanden (vergl. Decinger a.a.O.). Auf der Linie dieses Treurabattes liegen ferner Verträge, die Lieferanten-Konventionen mit Konventionen der Abnehmer dahin abschließen, daß die kartellierten Abnehmer nur von den kartellierten Fabrikanten beziehen dürfen und damit in der Preisstellung besonders begünstigt werden.

Aehnlich wie beim Kartell in der Form des eingetragenen Vereins kann es vorkommen und wird es vorkommen, daß mit derartigen reinen Konventionen noch weitere Zwecke verbunden sind, die über den Zweck einheitlicher Preise und Lieferungsbedingungen hinausgehen. Die Konvention sammelt z. B. ein Vermögen

an und führt diesem Vermögen etwa eingehende Strafgelder zu. Aus diesem Vermögen zahlt die Konvention einen Zuschuß zu der Prüfstelle eines technischen Verbandes, der dafür unentgeltlich von der Konvention eingesandte Warenproben ihrer Mitglieder auf Güte und Vorschriftsmäßigkeit prüft. Oder eine Fachschule erhält Zuschüsse. In diesem Falle liegt auch nach unserer Meinung insoweit Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit Gesellschaftsvermögen vor. Soweit diese Einrichtungen also nicht wesentlich mit den eigentlichen Kartellpflichten (Einhaltung einheitlicher Preise usw.) verbunden sind, besteht nach unserer Ansicht für das Mitglied ein Kündigungsrecht aus BGB § 723 bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Nach Ausübung dieses Kündigungsrechtes bleibt er aber an die Kartellbestimmungen bis zu deren vorgesehenem Ablauf gebunden, da wir diese, wie gesagt, für nicht dem Gesellschaftsrechte unterstehende, unbenannte, gegenseitige Verträge halten.

3. (Kartelle in Form des nicht rechtsfähigen Vereins). Sind an einer derartigen Konvention (vorläufig ganz ungenau ausgedrückt) eine größere Zahl von Mitgliedern beteiligt und ist diese Konvention ihrem Wesen nach von vornherein auf einen Wechsel ihrer Mitglieder zugeschnitten, so erörtert die herrschende Lehre die Frage, ob hier nicht Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, sondern ein nicht rechtsfähiger Verein vorliege. Die praktische Bedeutung der Frage erhellt etwa aus RG 60,94: Feingoldschläger hatten eine derartige Preiskonvention gebildet, und hatten die Aufnahme zweier Fachgenossen abgelehnt. Diese sahen darin eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung gemäß BGB 826 und klagten gegen die Konvention als solche: Das RG führte für die Konvention aus:

„Nach alledem stellt sich die beklagte Vereinigung als eine dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes dar, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt und bei welcher ein Wechsel in dem Mitgliederbestande, und zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Veinigung stattfindet."

Deshalb bejahte das RG das Vorliegen eines nicht rechtsfähigen Vereins bei der Konvention und damit die passive Parteifähigkeit gemäß ZPO § 50 Abs. 2. Wenn andererseits das RG in seiner Entscheidung vom 26. 5. 06 J.W. 06, 452 hervorhebt:

„Richtig ist, daß die Gründung eines Vereins regelmäßig auf einen Wechsel der Mitglieder angelegt sein wird, aber ein not-

wendiges Erfordernis ist, wie Gierke S. 11 mit Recht hervorhebt, auch dies nicht,"

so sehen wir darin, entgegen Flechtheim S. 23, keinen Unterschied. Es entscheidet eben der Durchschnitt der Lebensverhältnisse. Geiler (in Düringer-Hachenburg S. 11 ff., 314, 315) sieht das entscheidende Kriterium zwischen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und nicht rechtsfähigem Verein in dem Verhältnis der Mitglieder zu dem Gemeinschaftsvermögen. Bei der Gesellschaft bestehe eine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder an dem Gesellschaftsvermögen, bei dem nicht rechtsfähigen Vereine nicht. Auch das mag ein bemerkenswertes Unterscheidungsmerkmal sein. Flechtheim endlich geht (S. 25) davon aus, daß der nicht rechtsfähige Verein, auf den ja im allgemeinen die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft Anwendung finden (§ 54 Satz 1 BGB), in folgenden Punkten abweichend vom Rechte der Gesellschaft behandelt werde: Rechtsgeschäfte, die im Namen des Vereins Dritten gegenüber vorgenommen werden, verpflichten den Handelnden auch persönlich (BGB § 54 Satz 2); der nicht rechtsfähige Verein besitzt die passive Parteifähigkeit, d. h. er kann als solcher verklagt werden (50,2 ZPO). Entsprechend kann aus gegen den Verein als solchen ergangenes Urteil in das Vereinsvermögen vollstreckt und über das Vereinsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren eröffnet werden (ZPO 735, KO § 213). Aus allen diesen Bestimmungen, die das Verhältnis des Vereins zu Dritten, nicht der Mitglieder untereinander, berühren, folgert Flechtheim, daß das Gesetz als nicht rechtsfähigen Verein solche Gebilde im Sinne habe, die als solche in den Rechtsverkehr treten können und sollen. Auch das mag zutreffen. Jedenfalls ist die ganze Streitfrage für das Kartellrecht von untergeordneter Bedeutung, denn im Ergebnisse sind sich (Literaturnachweis bei Flechtheim S. 25 und S. 245) sämtliche Schriftsteller darüber einig, daß z. B. der Kartellvertrag des oben von uns behandelten Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats (oben § 4,2) eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, keinen nicht rechtsfähigen Verein, darstelle. In der Tat widerstrebt es ja dem Wesen von Kartellen, daß sie von vornherein auf den Wechsel von Mitgliedern abgestellt sind.

Für unsere Ansicht gilt natürlich auch hier, daß die eigentlichen Kartellpflichten unbenannte, gegenseitige Verträge, also nicht Gesellschaftsverträge bürgerlichen Rechts mit dem Kündigungsrechte gemäß BGB § 723 sind.

4. (Die Kartelle in der Form der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach dem RG vom 1. Mai 1898) werden, nach dem entsprechenden Schweizerischen Gesetze, in der Schweiz als die verhältnismäßig geeignetste Rechtsform für die Kartellbildung angesehen und am häufigsten angewandt (vergl. Scherer 74 ff., Zoelly 90 ff. 198). In deutschen Verhältnissen scheinen sie in neuerer Zeit, da die Rechtsform der Genossenschaft sich, wie unten zu zeigen sein wird, in keiner Weise für Kartelle eignet, so selten geworden zu sein, daß Isay S. 91 diese Form für seine Darstellung vollständig ausscheidet. Immerhin nennt Flechtheim (S. 101), wohl aus früherer Zeit, die Deutsche Stärke-Verkaufs-Genossenschaft e. G. m. b. H., die Ziegelei-Genossenschaft in Danzig in der gleichen Rechtsform, und das Märkische Ziegel-Syndikat. Für die Verwendbarkeit der Form dieser Genossenschaft wird auf § 1 Nr. 3 Genossenschaftsgesetz verwiesen, wo das Gesetz ausdrücklich die Absatzgenossenschaft vorsieht. Das ist aber ein Irrtum. Absatzgenossenschaft und Kartell ist etwas völlig verschiedenes: bei der Absatzgenossenschaft wollen die Mitglieder durch Einrichtung eines gemeinschaftlichen Verkaufsraumes und anderer Verkaufseinrichtungen, auch durch eine tüchtige, kaufmännische Leitung, gut verkaufen. Sie denken aber nicht daran, daß sie nur durch die Genossenschaft verkaufen dürfen, denken auch nicht daran, was der Hauptzweck aller Kartelle ist, nicht mehr produzieren zu lassen, als wirklich abgesetzt werden kann, also die Produktion zu regeln. Eine Bestimmung entsprechend § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz, wonach den Mitgliedern neben der Einzahlungspflicht für die Stammeinlage noch weitere Verpflichtungen auferlegt werden können, enthält nun das Genossenschaftsgesetz nicht. Man hat die Zulässigkeit einer derartigen Bestimmung erst aus § 18 des Gesetzes hergeleitet, wonach für das Rechtsverhältnis der Genossenschaft zu den Genossen grundsätzlich das Statut maßgebend ist (RG 47,146; 90,403). Nach § 65 des Gesetzes kann weiter das freie Kündigungsrecht jedes Genossen nur durch eine höchstens zweijährige Kündigungsfrist erschwert werden. Vor allem ist nach § 77 des Gesetzes die Mitgliedschaft unvererblich. Gerade das sind die Bestimmungen, die wirtschaftlich das Gegenteil von dem bedeuten, was eine kartellmäßige Preisvereinbarung bezweckt: Denn die damit verbundene Selbstbeschränkung, die sich die Mitglieder jedes Kartells auferlegen, (eine Feststellung, die bei jeder neuen Kartellgründung gemacht wird), ist selbstverständlich unerträglich, wenn sie schon nach zwei Jahren aufgekündigt werden kann oder gar durch den Tod eines Mitgliedes erlischt. Auch das scheint uns wieder zu beweisen, daß, entsprechend unserer

grundsätzlichen Auffassung, auch die gegenüber einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft übernommenen Kartellpflichten keine Gesellschafterpflichten sind, sondern Pflichten aus reinen, unbenannten, gegenseitigen Verträgen.

§ 7.

Die Wirkung der Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung.

Die Umsatzsteuerfrage.

1. (Die Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung). Der § 8 der Kartellverordnung hat, nach unserer Meinung mit der ganzen Kartellverordnung nur vorübergehend, die in der früheren Theorie behauptete Meinung, der Kartellvertrag sei in vielen Fällen ein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts, dadurch nach einer Richtung zum Gesetze erhoben, daß er bestimmt:

„Verträge oder Beschlüsse der in § 1 bezeichneten Art (Anmerkung: das sind Kartellverträge) kann jeder Beteiligte fristlos kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.
Als wichtiger Grund ist es immer anzusehen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbesondere bei der Erzeugung, dem Absatz oder der Preisgestaltung unbillig eingeschränkt wird."

Hat das Mitglied eines Kartells eine derartige Kündigungserklärung an das Kartell gerichtet, so kann das Kartell binnen zwei Wochen nach Eingang der Kündigung gemäß § 8 Abs. 3 Kartellverordnung beim Kartellgericht (dem Reichswirtschaftsgericht in Berlin angegliedert) auf gerichtliche Entscheidung darüber antragen, ob die Kündigung berechtigt war. Erklärt das Kartellgericht die Kündigung für berechtigt, so ist sie mit dem Augenblick ihres Eingangs beim Kartell, also rückwirkend, wirksam geworden. Die abweichende Ansicht von Isay (S. 260), daß die Kündigungserklärung erst mit der Entscheidung des Kartellgerichts wirksam wird, ist, so wünschenswert sie für eine Abänderung der Kartellverordnung wäre, vom Standpunkte des gegenwärtigen Rechtes aus schon gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes nicht zu halten.

Hat nun etwa ein Mitglied eines Kartells in der oben (§ 5,7) erörterten Form der Nebenleistungs-G.m.b.H. seine Kartell-

pflichten aufgekündigt, so lehrt Staub-Hachenburg (S. 166 Exkurs zu § 3 Anm. 11a), diese wirksame Kündigung löse die gesamte G.m.b.H. auf, da sie ja einen wesentlichen Teil des Gesellschaftsvertrages zerstöre. Das erscheint uns nicht ganz folgerichtig zu sein. Denn wie wir oben (§ 5,4) mitteilten, vertritt ja für die Nebenleistungen des § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz im allgemeinen Staub-Hachenburg (S. 153 § 3 Anm. 34a) die nach unserer Ansicht zutreffende Meinung, daß ein Erlöschen dieser Nebenverpflichtungen bei einem Gesellschafter der G.m.b.H. (etwa infolge seines Verzuges, positiver Vertragsverletzung oder Unmöglichwerden der Leistung) nur die Verpflichtung aus der Nebenleistung zerstöre, nicht dagegen die ganze G.m.b.H. Die Beteiligung dieses Gesellschafters beschränkt sich dann wieder, wie Staub-Hachenburg a.a.O. ausdrücklich hervorhebt, auf seinen Geschäftsanteil.

Vom Standpunkt unserer Lehre (oben § 5,2) handelt es sich bei Kartellpflichten in Form der Nebenleistungen gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz nicht um Gesellschafterpflichten, sondern um reine, schuldrechtliche, unbenannte, gegenseitige Verträge. Deshalb zerstört nach unserer Meinung die wirksame Kündigung eines Kartellmitgliedes gemäß § 8 der Kartellverordnung nur seinen, die Kartellpflichten enthaltenden gegenseitigen Vertrag mit der G.m.b.H. Die G.m.b.H. bleibt ungestört weiter bestehen. Ob die übrigen Kartellmitglieder von ihren Kartellpflichten frei werden, entscheidet sich nach BGB § 139: Die Kartellverträge der einzelnen Mitglieder stehen ja im Zusammenhange, so daß also zu prüfen ist, ob sämtliche Kartellverträge dadurch nichtig werden, daß ein Teil von ihnen, nämlich der des kündigenden Mitgliedes, nichtig geworden ist. Ebenso werden in vielen Fällen, wie die Literatur hervorhebt, die verbliebenen Kartellmitglieder nunmehr ihrerseits gemäß § 8 der Kartellverordnung aus wichtigem Grunde kündigen können.

Vor Einführung der Kartellverordnung haben die meisten Kartelle wohl nicht damit gerechnet, daß ein Mitglied während des Laufes des Kartellvertrages ausscheidet. Nach Inkrafttreten der Kartellverordnung haben viele Kartelle, bei denen eine G.m.b.H. oder Aktiengesellschaft als Verkaufsstelle bestand, dem Kündigungsrechte der Kartellverordnung durch Aufnahme einer Bestimmung in die Satzung Rechnung getragen, daß das ausscheidende Mitglied verpflichtet ist, seine Beteiligung an der Gesellschaft an die Gesellschaft oder ein von der Gesellschaft bestimmtes Mitglied abzutreten. Fehlt es an einer derartigen Bestimmung, so folgen wir der Ansicht von Staub-Hachenburg (S. 166 Exkurs zu § 3 Anm. 11a, —

gegen Brodmann, Anm. 8 zu § 3 am Schlusse), daß sie im Wege einer Auslegung der Satzung nicht in diese hineingebracht werden kann. Das nach unserer Ansicht durch wirksame Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung seine Kartellpflichten gegenüber einer Nebenleistungs-G.m.b.H. lösende Mitglied bleibt also Gesellschafter der G.m.b.H. Das ist nach der Praxis nicht so unerträglich, wie es Isay (S. 265, § 8 Anm. 61) schildert. Die Festsetzungen, etwa der Preiskommission und des Beirates, hinsichtlich der Kartellpflichten vollziehen sich ja nach unserer Ansicht innerhalb des Rahmens des gegenseitigen Vertrages, aus dem das kündigende Mitglied ausgeschieden ist. Nach dieser Richtung kann also das kündigende Mitglied eine Zuziehung nicht verlangen. Außerdem hat ja die G.m.b.H. die Möglichkeit, durch Satzungsänderung ein Ausscheiden des kündigenden Mitgliedes auch aus der G.m.b.H. durch Einführung der oben erwähnten Verpflichtung herbeizuführen, seinen Geschäftsanteil abzutreten.

Unsere Ansicht, daß wirksame Kündigung gemäß § 8 der Kartellverordnung bei der Nebenleistungs-G.m.b.H. die G.m.b.H. selbst nicht auflöse, teilen Isay (S. 263), Lehnisch-Fischer (S. 219), Friedländer (S. 112). Isay möchte allerdings, im Gegensatz zu unserer Meinung, in solchem Falle der G.m.b.H das Recht geben, ein völliges Ausscheiden des Mitgliedes durch Amortisierung des Geschäftsanteils nach § 34 G.m.b.H.-Gesetz herbeizuführen (ebenso Brodmann, G.m.b.H.-Gesetz S. 29 und RG im JW 27,123). Die Amortisierung hat dann zur Folge, daß der Geschäftsteil untergeht, ohne daß jedoch dadurch die Stammkapitalsziffer verändert wird. Anderes gilt nur, wenn gleichzeitig die Herabsetzung des Stammkapitals nach § 58 G.m.b.H.-Gesetz beschlossen wird (Staub-Hachenburg § 34 Anm. 2, 6, 7, Brodmann § 34 Anm. 1). Wir lehnen dieses Amortisationsrecht mit Staub-Hachenburg a.a.O. als zu weitgehend und mit dem G.m.b.H.-Gesetze nicht vereinbar, auch einem praktischen Bedürfnisse nicht entsprechend, ab.

Nicht damit zu verwechseln ist die Frage der sogenannten Patentgemeinschaft (Isay S. 268 § 8 Anm. 62). Es hatte z. B. das Kartell des Hefe-Verbandes ein wertvolles Patent, dessen Benutzung seinen Mitgliedern freistand. Hier ist es selbstverständlich, daß die Erlaubnis zur Benutzung des Patentes nur unter der Bedingung gestattet ist, daß das Mitglied seine Kartellpflichten erfülle. Denn das gemeinschaftliche Patent ist ein wesentliches Kampfmittel gegen die Außenseiter des Kartelles, und es kann derjenige, der nun selbst Außenseiter wird, nicht verlangen, daß

er dieses Kampfmittel weiter benutzen darf. Das gleiche würde gelten, wenn sich ein Kartell, was § 24a des Warenzeichengesetzes nunmehr zuläßt, ein Warenzeichen als Verbandszeichen eintragen läßt (ebenso Isay a.a.O.).

2. (Die Umsatzsteuerfrage). Sie wird durch folgenden, vom Verfasser bis zum Reichsfinanzhof durchgeführten Fall erhellt: Es handelte sich um ein Kartell in der von uns oben in § 3 erörterten Form, also eine G.m.b.H., die formlose, nicht gesellschaftsähnliche Sonderverträge mit den Kartellmitgliedern, die Kartellpflichten enthaltend, abgeschlossen hatte. Es ist dies also der oft erwähnte Fall der RG 74,34, wo das Reichsgericht, im Gegensatz zu seiner Entscheidung vom 4. 1. 05, kein Gesellschaftsverhältnis des bürgerlichen Rechts, also kein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß BGB § 723, sondern, entsprechend unserer grundsätzlichen Auffassung, reine, gegenseitige, unbenannte Verträge ohne das Kündigungsrecht nach § 723 BGB angenommen hatte. Die Kartellmitglieder waren nach diesen Sonderverträgen also verpflichtet, die kartellierte Ware an die G.m.b.H. zu verkaufen. Die G.m.b.H. verkaufte sie an ihre Abnehmer zu etwas erhöhtem Preise weiter, machte also einen Zwischengewinn.

Der bei weitem größte Teil der Umsätze einer derartigen G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Syndikats vollzieht sich nun, wie erwähnt, in folgender Weise: Der Abnehmer A bestellt etwa einen Waggon der kartellierten Ware bei der G.m.b.H. Diese bestellt ihrerseits den Waggon wieder bei dem Syndikatsmitglied, das nach seiner Quote an der Reihe ist. Der Waggon rollt nun, schon zur Ersparung von Fracht- und Lagerspesen, direkt von dem Kartellmitgliede zu dem Abnehmer A und gewinnt infolgedessen das sogenannte Zwischenhandelsprivileg des § 7 Umsatzsteuer-Gesetz: nur das Kartellmitglied braucht Umsatzsteuer von seinem Verkaufspreise an die G.m.b.H. zu entrichten. Die G.m.b.H. ist von der Umsatzsteuer ihres Verkaufspreises an den Kunden A befreit, — auch insoweit darin der Zwischengewinn der G.m.b.H. steckt (Entsch. des Reichsfinanzhofes 1,230). Auch für den Kommissionär hat der Reichsfinanzhof (4,316) später in demselben Sinne entschieden, so daß also die Umsatzsteuerfrage bei allen den Lieferungen einer Kartell-G.m.b.H., die direkt vom Kartellmitgliede an den Abnehmer rollen, zugunsten der Kartell-G.m.b.H. gelöst ist, auch wenn man sie nach der herrschenden Lehre (oben § 3,4) etwa als Kommissionärin betrachtet.

Nun kommt es aber vielfach vor (oben § 3,1), daß die G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Syndikats auch eigene Läger hat. Auf

Grund der Bestellungen der G.m.b.H. an ein Syndikatsmitglied rollt also der Waggon auf dieses Lager und wird dort abgelagert. Die Ware bleibt auf dem Lager einige Zeit und wird dann verkauft. Nach unserer Ansicht hat das Kartellmitglied die Ware zunächst der G.m.b.H. verkauft, hat also für diesen Verkaufspreis Umsatzsteuer zu entrichten. (Das ist unstreitig). Verkauft nun die G.m.b.H. von ihrem Lager die Ware weiter, so liegt ein zweiter Kaufvertrag ohne das Zwischenhandelsprivileg gemäß § 7 des Umsatzsteuer-Gesetzes vor, so daß die G.m.b.H. zum zweiten Male von ihrem Verkaufspreise Umsatzsteuer an sich zahlen müßte. Dies ist auch die Praxis der Umsatzsteuerämter, und in der Zeit, wo die Umsatzsteuer 3% war, gefährdete diese doppelte Umsatzsteuer fast die Tätigkeit der Kartelle in dieser Richtung. Die Frage der Umsatzsteuerpflicht auch des zweiten Verkaufs (der G.m.b.H. von ihrem Lager an den Abnehmer) war nun unter folgendem Gesichtspunkte zu prüfen: Die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes hat im Umsatzsteuerrechte den Begriff des Angestellten entwickelt. Gründet der Fabrikant X eine G.m.b.H., deren gesamtes Geschäftskapital ihm gehört, deren Dirktoren und Prokuristen er besetzt, die lediglich bestimmt ist, seine Waren zu verkaufen und hierbei an die von ihm vorgeschriebenen Preise und Bedingungen gebunden ist, so entscheidet der Reichsfinanzhof: Es liegt ein Umsatz zwischen dem Fabrikanten X und der G.m.b.H. gar nicht vor (wenigstens nicht im steuerrechtlichen Sinne), wenn der Fabrikant seine Ware der G.m.b.H. liefert. Erst wenn die G.m.b.H. die Ware an den Abnehmer Y verkauft, so tritt der erste steuerpflichtige Umsatz ein, in Wahrheit ein Umsatz des Fabrikanten X direkt an Y, also nur ein erster Umsatz, so daß nur der Fabrikant X, allerdings von dem Verkaufspreise, den die G.m.b.H. dem Y gemacht hat, Umsatzsteuer zu entrichten hat. (Vergl. Senatspräsident Dr. R. Kloß, juristische Personen als unselbständige Gewerbetreibende, in Nr. 1, 1924 der Mitteilungen der Steuerstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie). Denn die G.m.b.H. übt hier keine „selbständige“ gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 1 des Umsatzsteuer-Gesetzes aus, ist vielmehr Angestellte. Da nun in unserem Falle die G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Syndikats ja genau den Anweisungen der Syndikatsmitglieder hinsichtlich Preis und Lieferungsbedingungen ihrer Verkäufe zu folgen hat, da ferner die G.m.b.H. sich ausschließlich darauf beschränkt, die Ware der Syndikatsmitglieder zu verkaufen, hat die Entscheidung des Reichsfinanzhofes in dem oben erwähnten Falle vom 10. 2. 1925 (Entsch. des RFH 15,312) tatsächlich dahin erkannt, daß eine derartige G.m.b.H. Angestellte sei. Im Gegensatz zu RG

74,34 hat aber der Reichsfinanzhof gleichzeitig angenommen, daß trotz der Sonderverträge die Syndikatsmitglieder in einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammengefaßt seien, hat sich also der (in der Literatur herrschenden, oben § 3,3) Theorie der Doppelgesellschaft auch für diesen Fall angeschlossen. Demnach sah er den Weg der steuerrechtlichen Umsätze folgendermaßen an: Zunächst setzt das einzelne Syndikatsmitglied an die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts um, die in den Sonderverträgen niedergelegt ist, und dieser erste Umsatz ist (selbstverständlich) umsatzsteuerpflichtig. Nunmehr setzt diese Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durch ihre Angestellte, die juristische Person der G.m.b.H., an den Abnehmer Y um, und, da natürlich die in den Sonderverträgen verkörperte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht Angestellte der einzelnen Syndikatsmitglieder ist, liegt ein zweiter umsatzsteuerpflichtiger Umsatz vor. Das Ergebnis war also: Bei den Verkäufen einer G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Syndikats muß auch diese G.m.b.H. für ihre Lagerumsätze Umsatzsteuer entrichten, so daß hier eine doppelte Umsatzsteuerpflicht eintritt.

Wir haben dieses Ergebnis (ohne Erfolg) zunächst wirtschaftlich bekämpft, weil die Stellung einer derartigen G.m.b.H. eine durchaus andere ist, als die eines gewöhnlichen Gewerbetreibenden: Der gewöhnliche Gewerbetreibende, der Ware auf sein Lager bezieht, diese Ware weiterverkauft und von diesem zweiten Verkauf auch Umsatzsteuer entrichten muß, kann noch andere Ware auf sein Lager nehmen, kann die Verkaufspreise frei bilden, kann Nebengeschäfte anderer Art machen und ist also dadurch in der Lage, die zweite Umsatzsteuer heraus zu wirtschaften. Alles das ist einer G.m.b.H. als Verkaufsstelle eines Syndikats versagt: sie ist, wie der Reichsfinanzhof in seiner oben angeführten Entscheidung ja anerkennt, unselbständige Angestellte des Syndikats, und nur die Zwischenschiebung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die der Reichsfinanzhof (mit der herrschenden Meinung) in den Sonderverträgen der Syndikatsmitglieder findet, macht das Ergebnis der zweiten Umsatzsteuerpflicht möglich.

Für das Umsatzsteuerrecht würde also die von uns hier für alle Formen der Kartelle verfochtene Ansicht, daß die Kartellverträge keine Gesellschaftsverträge des bürgerlichen Rechts, sondern einfache, unbenannte, gegenseitige Verträge sind, die wichtige Folge haben, daß, auch nach der Entscheidung des Reichsfinanzhofes, die Umsatzsteuerpflicht auch bei Lagerverkäufen der Verkaufsstelle des Syndikats entfallen würde, weil die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entfällt.

Lebenslauf.

Rechtsanwalt Max Karl Stroinsky, geboren am 20. 8. 1882 in Berlin, besuchte das Gymnasium in Marburg/Lahn, studierte von 1901 bis 1904 Rechtswissenschaft in Marburg/Lahn und Berlin, bestand 1904 die erste juristische Prüfung in Cassel, 1909 die große Staatsprüfung in Berlin, wurde Gerichtsassessor, dann Rechtsanwalt in Berlin, Frankfurt/M. und wieder in Berlin, dort zugleich Syndikus von Verkaufssyndikaten.